

InDret
REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

El derecho de los testigos parientes a no declarar en el proceso penal

María Luisa Villamarín López

Universidad Complutense de Madrid

BARCELONA, OCTUBRE DE 2012

Abstract*

Ante el aumento de supuestos en los que los familiares son víctimas del hecho delictivo sobre el que no tienen obligación de declarar, cada vez con más frecuencia se está poniendo en tela de juicio el alcance que ha de reconocerse al privilegio que el art. 416 LECrim reconoce a favor de los parientes del acusado. En este artículo se propone replantear el tema desde una perspectiva distinta, que parte del análisis del fundamento de este privilegio para ofrecer desde ahí una respuesta unívoca a todas las otras cuestiones planteadas: su alcance objetivo y subjetivo, el procedimiento que ha de seguirse y su valor probatorio.

With the increasing number of cases in which family members are victims of the crime about which they have no obligation to declare, with increasing frequency the extent of the privilege in favor of the relatives of the accused, recognized in article 416 of the Spanish Criminal Procedural Law (LECrim), is questioned. In this paper, this issue is reconsidered from a different perspective, taking as a starting point the analysis of the rationale of this privilege in order to offer a straight answer to all other questions: its objective and subjective scope, the procedure to be followed and its probative value.

Mit der zunehmenden Zahl von Fällen, in denen Familienmitglieder sind Opfer des Verbrechens über die sie keine Ablegungspflicht haben, immer häufiger in Frage setzen, in welchem Umfang das Privileg einzuräumen, dass Artikel 416 Spanisches Strafprozessordnung (Ley de Enjuiciamiento Criminal) erkennt zugunsten der Angehörigen der Angeklagten. In diesem Text, überdenkt die Autorin das Thema aus einer anderen Perspektive: von der Analyse der Gründe für dieses Privileg, um eine klare Antwort von dort zu allen anderen Themen bieten: ihrem objektive und subjektive Umfang, das Verfahren zu befolgen und ihre Beweiskraft.

Title: The privilege not to testify against relatives in criminal procedure

Titel: Die strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte von Familienangehörigen

Palabras clave: proceso penal, deber de declarar, privilegio familiar, víctimas parientes.

Key words: criminal procedure, witness' duty to testify, family privilege, victim's family members.

Stichworten: StrafprozesS, Zeugnisablegungspflicht, Familienverneigerungsrechte, Opfer.

Sumario

1. Introducción

2. Evolución histórica del privilegio en Derecho español

3. La exención de los parientes del deber de declarar en Derecho Comparado:

3.1. Italia

3.2. Alemania

* Este trabajo ha sido elaborado en el marco del Proyecto de Investigación "El proceso penal en España: Propuestas para su reforma (ref. DER 2008-02509/JURI)", dirigido por el Prof. Dr. Fernando GASCÓN INCHAUSTI, Proyecto financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (2008-2011).

- 3.3. *Inglaterra*
- 3.4. *Francia*
- 4. *Fundamento de la exención de los parientes del deber de declarar*
- 5. *Naturaleza jurídica de la exención de los parientes del deber de declarar*
- 6. *Alcance de la exención de los parientes de no declarar*
 - 6.1. *Alcance objetivo*
 - 6.2. *Alcance subjetivo*
- 7. *El procedimiento de toma de declaración a los parientes*
- 8. *Valor probatorio de las declaraciones del testigo pariente*
- 9. *Conclusiones y propuestas de lege ferenda*
- 10. *Tabla de sentencias*
- 11. *Bibliografía*

1. Introducción

Frente a la general obligación de declarar de todo aquel que ha presenciado un hecho con apariencia delictiva (art. 410 LECRIM), bien es sabido que la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce una serie de salvedades, bien por razones de Estado (el Rey, la Reina, sus consortes, el Príncipe Heredero y los Regentes del Reino, ex art. 411 LECrim), bien en atención al oficio (sacerdotes, ex art. 417.1 LECrim) o cargo que ostenta el testigo (art. 417.2. LECrim), bien por su incapacidad física o moral (art. 417.3 LECrim) o por razones de parentesco (art. 416 LECrim). En este último caso, la Ley de Enjuiciamiento Criminal no prohíbe a los parientes declarar cuando el acusado sea su familiar, sino que los exime de la obligación general, depositando en ellos enteramente la decisión de si quieren o no hacerlo. A diferencia de quienes tienen prohibido declarar porque pesa sobre ellos un deber jurídico de guardar secreto (piénsese, por ejemplo, en los obligados a guardar secretos de Estado o en los abogados, que tienen un deber de sigilo respecto de la información proporcionada por su cliente), en el caso de los parientes llamados al juicio como testigos la Ley de Enjuiciamiento les atribuye una suerte de “privilegio familiar”, que deja a su voluntad la decisión de si se abstienen o no de dar testimonio respecto del acusado.

Pese al reconocimiento constitucional de esta dispensa en el art. 24 CE, la parquedad del art. 416 LECrim que lo desarrolla ha obligado a nuestros tribunales a tener que pronunciarse durante años para fijar su contenido y su alcance, si bien no siempre lo han hecho con criterios uniformes. Y, aunque desde la aprobación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal este artículo ha sido objeto de atención por la jurisprudencia, su aplicación se ha revelado especialmente problemática en especial en las últimas décadas porque, ante el aumento de los procesos motivados por supuestos de violencia doméstica y de género, el art. 416 LECrim ha sido invocado con mucha frecuencia ante nuestros tribunales. Téngase en cuenta que en los casos en los que el pariente es la víctima del sujeto procesado, su declaración suele ser la única prueba con la que se cuenta para poder conocer los hechos y, en su caso, para poder condenar al acusado si los ha cometido y, por tanto, su silencio en el proceso —en muchos casos en el juicio oral, tras haber declarado en la fase de instrucción o ante la policía— obliga a los tribunales a dejar impunes a los culpables, debiendo

dictar a su favor sentencia absolutoria por falta de pruebas. Para intentar paliar esta desafortunada situación, tanto la doctrina como la jurisprudencia han hecho importantes esfuerzos para mitigar las dificultades que plantea la aplicación del art. 416 LECrim, proponiendo reformas legislativas o interpretaciones más o menos ajustadas a la legislación vigente, que analizaré a continuación. Pero, en todo caso, estos intentos han conducido a una situación actual de gran confusión, ya que los tribunales sostienen criterios tan dispares que, en situaciones análogas, no es nada extraño que un acusado, por ejemplo, resulte absuelto en Murcia mientras que en Castellón hubiera sido condenado por los mismos hechos.

Por todas estas razones, creo que es oportuno replantear el tema del derecho a no declarar de los parientes, tomando como punto de partida su fundamento, única perspectiva que, en mi opinión, puede ayudar a responder de forma unívoca a todas las cuestiones que surgen en relación a este tema (en especial su ámbito subjetivo, su alcance objetivo, el régimen de su procedimiento probatorio, o su valor probatorio).

2. Evolución histórica del privilegio en derecho español

El status de los parientes que tienen que declarar como testigos ha ido variando a lo largo de la historia del proceso penal español. Inicialmente en Las Partidas se eximía a los familiares de prestar testimonio (“todos aquellos que suben o descienden por la línea derecha del parentesco e los ostros de la línea de travieso hasta el cuarto grado. Esso mismo decimos que no debe ser apremiado en tales pleitos al yerno que venga dar testimonio contra su suegro, ni el suegro contra él”), si bien, si decidían declarar de forma voluntaria y libre, su testimonio debía admitirse y valorarse como el de cualquier otro testigo (Ley XI, título 16, Partida Tercera). Se justificaba esta excepción en el hecho de que estos hombres tenían “deudos grandes” entre sí y que, por tanto, los sabios antiguos “no tuvieron por bien que fuesen apremiados para atestiguar unos contra otros, sobre pleito que atañese a la persona de alguno de ellos o a su fama, o a daño de la mejor partida de sus bienes”. Probablemente aludía a su regulación en el Derecho Romano, en concreto en la *Lex Iulia Iudiciorum Publicorum* (Digesto 22, 5, 4).

En los primeros textos legales que regularon el proceso penal en el siglo XIX se prohibía directamente la declaración de aquellos testigos que tuvieran la condición de parientes del reo (así en el art. 57 del Proyecto de Código Criminal de 1821¹ y en el art. 414 del Proyecto de Código Criminal de 1829), si bien, años más tarde vuelve a considerarse que los testigos deben quedar exentos de la obligación de declarar, sin perjuicio de que puedan hacerlo de forma válida si así lo desean. Así se desprende de los arts. 311 de la Ley Provisional de Enjuiciamiento Criminal de 22 de diciembre de 1873, del art. 573 de la Compilación General de disposiciones vigentes sobre

¹ El art. 57 del Código Criminal de 1821 era del siguiente tenor: “No serán citados ni admitidos como testigos los ascendientes ni descendientes del reo, ni sus parientes dentro del segundo grado de consanguinidad o afinidad ni el marido ni la mujer, aunque estén divorciados”.

Enjuiciamiento Criminal de 1879² y, finalmente, del art. 416 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Este precepto, que fue reformado recientemente por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, para matizar su alcance subjetivo, reza del siguiente tenor:

“Están dispensados de la obligación de declarar:

1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia.

2. El Abogado del procesado respecto a los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor.

Si alguno de los testigos se encontrase en las relaciones indicadas en los párrafos precedentes con uno o varios de los procesados, estará obligado a declarar respecto a los demás, a no ser que su declaración pudiera comprometer a su pariente o defendido”³.

3. La exención de los parientes del deber de declarar en derecho comparado

3.1. Italia⁴

Tal y como ocurrió en España y en otros países que se analizan en los siguientes apartados de este trabajo, en Italia durante años los parientes del acusado no podían declarar como testigos.

² Art. 573 de la Compilación General de disposiciones vigentes sobre Enjuiciamiento Criminal de 1879: “Nadie tendrá la obligación de declarar contra su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos consanguíneos”.

³ El Ejecutivo anterior en su “Anteproyecto de Ley para un nuevo proceso penal” de 2011 había previsto en el art. 570 lo siguiente en relación a las exenciones a la obligación de declarar por razón del parentesco: “1. Están dispensados de la obligación de declarar los ascendientes y descendientes o afines del acusado, sus colaterales consanguíneos o dentro del segundo grado de afinidad, así como su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, aún cuando se haya extinguido el vínculo conyugal o haya cesado la convivencia efectiva. 2. La exención no será aplicable cuando las personas a la que se refiere el apartado anterior hayan aceptado declarar durante el procedimiento después de haber sido debidamente informadas de su derecho a no hacerlo. 3. Ningún testigo podrá ser obligado a responder una pregunta cuya contestación pueda originar la atribución de responsabilidad penal a alguno de los parientes a que se refiere este artículo aunque no haya sido acusado en este procedimiento”. Este precepto mejora considerablemente al actual art. 416 LECrim, eliminando muchas de las discrepancias jurisprudenciales que han ido surgiendo en su interpretación, si bien guarda silencio sobre los testigos-víctimas. Actualmente el nuevo Ejecutivo está preparando una nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero desconocemos si se está tomando esta propuesta como punto de partida.

⁴ En Italia, destacan los trabajos siguientes sobre esta materia: BACCARI, *La testimonianza del prossimo congiunto dell'imputato*, 2003; FADALTI, *La testimonianza nel giudizio penale*, 2008; DI MARTINO/PROCACCANTI, *La prova testimoniale nel processo penale*, 2010; MICONI, *La testimonianza nel procedimento penale*, 2009; BARGIS, *Profili sistematici delle testimonianze penali*, 1984; GREVI, *Il segreto familiare*, 1974; PERCHINUNNO, *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, 1972; FLORIAN, *Delle prove penali*, 1961; CONSO, «L'alibi dei parenti», *Archivio Penale*, 1971-I, pp. 176 y ss.

Esta prohibición comenzó a eliminarse de la fase de instrucción en los Códigos de 1865 y de 1913, suprimiéndose por completo en el *Codice di Procedura Penale* de 1930 (en el conocido como “Código Rocco”).

El cambio se opera porque se considera que no es oportuno privar a los parientes de su facultad de declarar, puesto que en muchos casos podrían ser pieza clave para el proceso, en ocasiones incluso para demostrar la inocencia del acusado. De este modo, pasan de ser incapaces a quedar exentos de la obligación general de declarar que pesa sobre todo testigo (art. 350 del Código de 1930).

El vigente *Codice di Procedura Penale* (en adelante CPP), aprobado en 1988, mantiene esta exención a favor de los que denomina “*prossimi congiunti*”, regulándola de forma bastante prolija en los términos siguientes (art. 199):

“1. Los parientes cercanos (“*prossimi congiunti*”) del imputado no están obligados a declarar. Sin embargo, deben hacerlo cuando hayan presentado denuncia, querrela o “*istanza*” frente al acusado o si ellos o un pariente suyo próximo han sido ofendidos por el delito.

2. El juez, so pena de nulidad, ha de avisar a las personas citadas en el artículo anterior de la facultad de abstenerse preguntándoles si van a hacer uso de ella.

3. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 se aplican también a aquéllos ligados con el imputado por un vínculo de adopción. Asimismo se aplican también a hechos cometidos por el imputado durante la convivencia conyugal:

- a) a los que, no siendo cónyuge del imputado, convivan o hayan convivido con él;
- b) al cónyuge separado del imputado;
- c) a la persona frente a la que se haya dictado sentencia de nulidad, divorcio o cesación de los efectos civiles del matrimonio contraído con el imputado”.

La doctrina ha entendido que esta exención se apoya fundamentalmente en dos motivos: primero, en la salvaguarda de la “genuitá” de la prueba, esto es, en el deseo de preservar el proceso del peligro de introducir pruebas que puedan ser fácilmente contaminadas dada la situación psíquica en la que se encuentra el pariente que tiene que declarar contra su familiar; segundo, en el respeto al deber moral natural que siente el pariente llamado a declarar, unido por un vínculo de solidaridad con el acusado (GREVI⁵). En este sentido señalaba la Corte Constitucional italiana que, “en el posible contraste entre el interés público de la justicia que impone a todos el deber de declarar y el interés privado, apoyado en el denominado sentimiento (familiar) de que los parientes próximos del imputado no sean atormentados con el conflicto psicológico entre el deber de declarar y de decir la verdad y el deseo o la voluntad de no hacerlo para no dañar al imputado, se ha (...) entendido prevalente el interés privado y no en general y en modo absoluto sino cuando se entiende que el interesado (el testigo) no puede superar ese conflicto”⁶.

⁵ GREVI, *Il segreto familiare*, 1974, p. 105.

⁶ Corte Costituzionale 12.01.1977, n. 6, GiC 1977, 33.

Una de las principales novedades introducidas en esta materia es la que se refiere al ámbito subjetivo de este privilegio que, como se desprende del precepto, es amplio. Quedan exentos de la obligación general de declarar como testigos los denominados “*prossimi congiunti*”, parientes próximos, expresión que remite a la enumeración que hace el art. 307.4 del *Codice Penale* (en adelante CPI): ascendientes, descendientes, cónyuge, hermanos y hermanas, afines del mismo grado, tíos y sobrinos. Para despejar cualquier duda, el apartado tercero aclara que en este elenco se entienden comprendidos también los que estén ligados con el imputado por un vínculo de adopción, y, aunque de forma limitada a los hechos de los que tuvieron conocimiento durante la convivencia marital, el cónyuge separado, el divorciado o anulado y los convivientes *more uxorio*⁷.

Ahora bien, atendiendo a la finalidad de la norma, el legislador ha entendido que esta exención no debe ser reconocida a estos sujetos en los dos supuestos siguientes: en primer lugar, cuando los parientes hayan denunciado o se hayan querellado frente al acusado; en segundo lugar, cuando los parientes o sus familiares próximos sean los ofendidos por el delito (art. 199.1 CPP). La doctrina italiana basa la primera excepción en dos razones: por un lado, porque quien denuncia o se querella ha superado toda duda en su conflicto interno entre proteger al pariente y el deber de declarar⁸ y, por tanto, no merece ya protección, y, por otro, porque en estos casos la imposición de la obligación de declarar y, por consiguiente, la aportación probatoria del denunciante o querellante resulta muy útil para la reconstrucción de los hechos que interesan al proceso⁹. Por lo que se refiere a la segunda excepción, entiende la doctrina que, mediando violencia del acusado frente al pariente, “la unidad familiar, aquella solidaridad entre sus miembros se ha roto” y, por tanto, es de suponer que razonablemente también habrán desaparecido los vínculos morales que podían frenar al pariente a la hora de declarar contra el imputado¹⁰.

Lógicamente, para que pueda jugar esta exención, es preciso informar oportunamente al pariente de su existencia cuando deba declarar como testigo en el proceso, tal y como señala el apartado segundo del art. 199 CPP. Ante la parquedad del precepto, doctrina y jurisprudencia han matizado algo más esta cuestión, puntualizando que esa información debe repetirse en cada fase de la persecución penal: en la policía, en la fase de instrucción (*indagini preliminari*), y en el juicio oral (*dibattimento*) [Cass. Sez. VI, 16.02.1994, Grandinetti, ANPP, 1995, 142, Cass. Sez. III, 13.3.96, soc. Boffi c. Ville (CED n.49 6316); si bien, en contra, en Cass. Sez. II, 23.10.96, en DPP 1996, 1458]]. En caso de que se incumpliera este deber, la declaración podría devenir nula o, más bien, anulable, si así lo instara una parte¹¹ y no cabría imputarle ninguna responsabilidad penal por falso testimonio, tal y como lo reconoce el art. 384.2 CPI.

⁷ Este precepto consagra la doctrina constitucional que, ante el silencio del Código Rocco, aclaró si debía extenderse este privilegio a los convivientes *more uxorio* (Pretura di Cagliari, ord. 4 febr. 1975, in Giur.Const. 1975, p. 1881).

⁸ En este sentido FADALTI, *La testimonianza nel giudizio penale*, 2008, p. 83, y GREVI, *Il segreto familiare*, 1974, p. 107.

⁹ En este sentido, FLORIAN, *Delle prove penali*, 1961, p. 381.

¹⁰ GREVI, *Il segreto familiare*, 1974, p. 109.

¹¹ Véase FADALTI, *La testimonianza nel giudizio penale*, 2008, p. 80.

3.2. Alemania¹²

También en Alemania ha habido una importante evolución en el tratamiento de los testigos-parientes, análoga a la del resto de países europeos. Hasta el siglo XIX los familiares del imputado estaban incluidos en la categoría de incapaces para testificar. Sin embargo, desde que en la época de la codificación empieza a aplicarse el principio de libre valoración de pruebas se entiende que es mejor establecer a favor de estos sujetos una exención respecto de la obligación general de declarar y no una prohibición. Así ocurrió de forma más incipiente en la *Reichstrafprozessordnung* de 1877 (§ 51) y posteriormente en la de 1924, de contenido idéntico al § 52 de la vigente *Strafprozessordnung* (en adelante StPO).

En la actualidad esta exención ha sido concebida de forma amplia. Así, de la obligación general de declarar que impone el § 48 StPO quedan excluidos los siguientes sujetos (§ 52 StPO): 1) el prometido del acusado; 2) el cónyuge, incluso cuando el matrimonio ya no subsista; 3) sus parientes en línea recta por vínculos de sangre, matrimonio o adopción; y, 3) sus parientes en línea colateral por vínculos de sangre hasta el tercer grado y por matrimonio hasta el segundo¹³.

Como en los demás ordenamientos, la *Strafprozessordnung* impone a los órganos jurisdiccionales el deber de informar al testigo-pariente antes de cada interrogatorio de su derecho a guardar silencio, so pena de nulidad de su declaración, si se vulnera esta garantía (§52.III StPO). En concreto, la omisión de esta información es motivo de casación conforme al § 337 StPO.

El testigo-pariente puede gozar de dos beneficios más: el primero, que, aunque decida declarar, puede negarse a responder a preguntas concretas (§ 55 StPO) y, segundo, que puede no prestar juramento tras su declaración en el juicio oral (§ 61 StPO). Recuérdese que en el proceso penal alemán los testigos se someten a juramento una vez que han depuesto, por lo que este privilegio les permite, en principio, decidir que no se tenga en cuenta bajo promesa de decir verdad lo declarado hasta el momento. En cualquier caso, en estos supuestos el tribunal tiene la última palabra, por lo que, si así lo entiende oportuno, puede decidir que sí se sometan a juramento (porque, de hecho, el § 61 StPO señala que en este y otros casos allí previstos puede prescindirse del juramento “según facultad discrecional del tribunal”).

Por lo que se refiere al tratamiento de los parientes que han sido víctimas, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, la legislación alemana no contempla ninguna excepción al privilegio de no declarar a su favor, ni a favor de quienes hayan denunciado los hechos. Esta postura ha sido objeto de críticas por algunos sectores de la doctrina. En este sentido, RENGIER, en

¹² En Alemania, destacan los trabajos siguientes sobre esta materia: RAGNARSSON, *Das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten*, 2008; BIALEK, *Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip*, 2000; BAIER, *Strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte außerhalb der Strafprozeßordnung als Ergänzung der §§ 52 ff. StPO*, 1996; RENGIER, *Die Zeugnisverweigerungsrechte*, 1980; HAUSER, *Das Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren* (dissertation), 1957.

¹³ Para ver más en detalle quiénes quedan comprendidos en cada una de estas categorías, véase MEYER-GÖßNER, «Comentario al § 52» en MEYER-GÖSSNER et al., *Strafprozessordnung*, 55ª ed., 2012.

un estudio monográfico sobre este tema, sostiene que los delitos que atentan contra la familia la dañan desde el punto de vista moral y psicológico, por lo que subyace un interés público en su investigación y, por tanto, no debe dejarse que estas conductas “se oculten tras el derecho a no declarar de los parientes”. Además, de reformarse la ley en el sentido de excluir de esta exención a las víctimas o a los parientes que hubieran denunciado al acusado, se levantaría la carga que pesa sobre estas personas cuando tienen que decidir si deben o no inculpar a su familiar¹⁴.

Por último, por lo que se refiere al valor de las declaraciones sumariales en caso de que el testigo decida no declarar posteriormente en el juicio oral, el § 252 StPO dispone que dichas declaraciones no puedan leerse, impidiendo con ello que puedan ser tenidas en cuenta a la hora de adoptar la decisión final¹⁵.

3.3. Inglaterra¹⁶

Durante el siglo XVIII, entre los numerosos supuestos de incapacidad para declarar previstos legalmente, se contemplaba la prohibición de que los esposos declararan uno contra el otro en un proceso penal. Si bien en el siglo XIX se redujo la lista de supuestos de incapacidad, hasta que en 1898 se aprobó el *Criminal Evidence Act* la situación de los esposos que debían declarar como testigos fue bastante incierta. La Ley de 1898 les permitía ya declarar a favor de la defensa, si bien seguía sin clarificarse si podían hacerlo para la acusación. En derecho común, estaban previstos ciertos supuestos (violencia personal o traición) en los que el cónyuge del reo era competente para declarar, pero ni siquiera era probable que en estos casos fuera compelido a prestar testimonio. Estas dudas se vieron agravadas, si cabe, por resoluciones como la *Hoskyn v Metropolitan Police Commissioner*¹⁷, en la que el *House of Lords* sostuvo que, incluso en los casos en los que uno de los esposos estuviera acusado de un delito de violencia contra su cónyuge, su declaración no era obligatoria.

Ante la necesidad de clarificar esta incierta situación, el Undécimo *Criminal Law Revision Committee* (1973) abordó en profundidad estas cuestiones. Ya no convencían los tradicionales argumentos de la protección incondicional de la unidad de los esposos, o del desvalor de su declaración por su posible interés en el resultado del pleito o por su falta de imparcialidad. Se entendió que los cónyuges debían estar en todo caso facultados para declarar como testigos, ya lo hicieran a instancias de la defensa o de la acusación y que en algunos supuestos incluso debían de quedar

¹⁴ Véase RENGIER, *Die Zeugnisverweigerungsrechte*, 1980, pp. 93 y 94.

¹⁵ Sin embargo, señala HUBER que el efecto de este precepto es limitado porque no es aplicable a los jueces, por lo que si previamente le han tomado declaración formal a un testigo, pueden ser llamados a dar testimonio sobre el contenido de dicha declaración (HUBER, *Criminal Procedure in Europe*, 2008, p. 337).

¹⁶ En especial, pueden consultarse sobre este tema en la doctrina inglesa ROBERTS/ZUCKERMAN, *Criminal Evidence*, 2010; KEANE, *The modern law of evidence*, 2008, pp. 121 a 126; UGLOW, *Evidence: text and materials*, 2006, pp. 334 a 352; MUNDAY, *Evidence*, 2005, pp. 525 y ss.; CREIGHTON, «Spouse competence and compellability», *Criminal Law Review*, (34), 1990; CREATNEY/DAVIS, «The significance of compellability in the prosecution of domestic assault», *British Journal of Criminology*, 1997, pp. 75-89.

¹⁷ (1979) AC 474.

obligados a dar testimonio. En concreto, se consideró oportuno que tuvieran que declarar cuando hubiera intereses públicos en juego en la persecución del delito en cuestión, como ocurría en los delitos de violencia doméstica y, en especial, cuando se hubiera atentado contra los menores de 16 años que convivieran en el núcleo familiar, dado que estos casos son especialmente graves y sin esta declaración sería muy probable que quedaren impunes. Con todo, quedaban exentos de esta obligación los cónyuges¹⁸ co-acusados. Todas estas reflexiones fueron acogidas finalmente en la Sección 80 de la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984¹⁹, que es el texto actualmente vigente que se ocupa de esta materia.

3.4. Francia

En Francia se predica de los testigos parientes una incapacidad “relativa” para dar testimonio²⁰. En principio el Código Procesal Penal (*Code de Procédure Pénale*, en adelante CPPF) prevé una prohibición general para tomar declaración bajo juramento a los siguientes parientes del acusado: 1º Al padre, a la madre o a cualquier otro ascendiente del acusado, o de uno de los acusados presentes y sometidos al mismo debate; 2º Al hijo, a la hija o a cualquier otro descendiente; 3º A los hermanos y hermanas; 4º A los afines de los mismos grados; 5º Al marido o a la mujer, subsistiendo esta prohibición incluso después del divorcio (arts. 335 y 447 CPPF, el primero de aplicación en el ámbito de la *Cour d'assises* y el segundo del *Tribunal Correctionnel*).

Ahora bien, pese a esta prohibición, el artículo 336 CPPF establece que cuando ni el Ministerio Fiscal ni ninguna de las partes se opusieran a que el testigo preste declaración bajo juramento, éste no devendría nulo. Y, en cualquier caso, aún cuando se opusieran a que se le tomara testimonio bajo juramento, el testigo podría ser oído a mero título informativo, cuando así lo dispusiera el presidente del tribunal de forma discrecional, no asumiendo en este caso el testigo pariente ninguna obligación de decir verdad.

4. Fundamento de la exención de los parientes del deber de declarar

El Estado tiene el deber de perseguir a través del proceso penal todo hecho que revista caracteres de delito y de garantizar que se tutelen de forma efectiva los intereses públicos. Para ello ha de emplear todos sus esfuerzos en averiguar las circunstancias en que se han cometido los delitos a través de todos los cauces posibles. En particular, para poder tener conocimiento de lo que los testigos han podido aprehender por sus sentidos, el ordenamiento les obliga a colaborar con la Administración de Justicia y a declarar so pena de ser sancionados económicamente e, incluso, de

18 Adviértase que en este contexto entienden por cónyuge únicamente al actual, dado que en la Sección 80 (5) se establece, a estos efectos, que los ex cónyuges (esto es, aquéllos que se hubieran divorciado o cuyo matrimonio hubiera sido declarado nulo) quedarán sujetos al régimen general de los testigos como si nunca hubieran estado casados.

19 Puede consultarse el texto de la Sección 80 de la *Police and Criminal Evidence Act* de 1984 en <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1984/60/section/80>.

20 Véase STEFANI, *Procédure pénale*, 2000, pp. 765 y ss; RASSAT, *Traité de procédure pénale*, 2001, pp. 403 y 404; VERGÈS, *Procédure pénale*, 2005, pp. 83-84; VOGLER, «France», *Criminal Procedure in Europe*, p. 243.

incurrir en el delito de obstrucción a la justicia y/ desobediencia grave a la autoridad (art. 420 LECrim). Ahora bien, la obtención de esta información de los testigos no puede hacerse de cualquier forma ni en todos los casos. Así, por ejemplo, está proscrita la toma de declaración bajo amenaza o tortura, y se prevén legalmente una serie de exenciones al deber de declarar cuando esta obligación colisiona con otro deber jurídico (secreto profesional) o con otros intereses susceptibles de protección. Éste último es el caso de los parientes del acusado. Cuando los llamados a declarar tienen una relación familiar con el acusado, el interés público entra en conflicto con derechos y deberes pertenecientes a la esfera privada de los individuos, amparados también por el ordenamiento, tales como el derecho a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE). El art. 416 LECrim da una respuesta a este conflicto, levantando la obligación general de declarar que recae sobre estos sujetos, dejándoles libertad para decidir si quieren o no hacerlo, esto es, si prefieren colaborar con la Justicia o si, por el contrario, eligen callar por sentirse íntimamente obligados a guardar sigilo en parcelas de su intimidad familiar.

No resultaría fácil ni, a mi modo de ver, útil intentar apuntar un único fundamento que justifique la existencia este “privilegio familiar”. Tanto la doctrina como la jurisprudencia española, como, con mayor detalle y profundidad, la extranjera coinciden en que son muy diversas las razones que justifican su existencia, muchas de ellas, como ahora veremos, intrínsecamente ligadas entre sí. Podemos agruparlas en estos cuatro motivos:

- a) La protección del acusado, considerando este derecho como una manifestación más del principio *nemo tenetur*.
- b) La protección de la búsqueda de la verdad en el proceso penal.
- c) La protección del testigo frente a un posible conflicto de conciencia o de intereses.
- d) La protección de las relaciones de familia.

a) La protección del acusado

Históricamente este argumento tuvo gran valor en los países del *common law*: así, durante siglos se sostuvo en el Reino Unido la incompetencia del cónyuge para testificar porque, partiendo de lo que establece la Biblia, entendían que ambos eran una sola carne, y, por tanto, que no podía permitirse que se acusaran entre ellos porque era como si se acusaran a sí mismos. Aunque no tengo constancia de su fundamento, puede que éste también fuera el motivo que estaba detrás de la prohibición de testificar de los parientes, prevista en los Proyectos de codificación criminal penal española de 1821 y 1829.

Nuestro Tribunal Supremo durante los años noventa defendió en ocasiones la protección del reo como justificación del art. 416 LECrim, aunque sin dar mayor razón de ello [SSTS de 11 de abril de 1996 (RAJ 3698) y de 17 de diciembre de 1997 (RAJ 8770)²¹], si bien esta tesis fue abandonada poco después [así se pronuncian en contra SSTS de 26 de marzo de 2009 (RAJ 2377) y de 26 de

²¹ Defendía en este sentido el Supremo que “el precepto contenido en el art. 416.1º LECrim está concebido para proteger al reo y presunto culpable y no para perjudicarlo (...)”.

octubre de 2009 (RAJ 2010/112); véase también su reflejo en las Audiencias Provinciales: en concreto, AP Castellón de 13 de marzo (PROV 290119) y de 12 de abril (PROV 262747)]. No parece que tenga sentido seguir alegando este motivo como fundamento de este privilegio desde que el momento en que se levantó la prohibición de los parientes de declarar en juicio. Con todo, es claro que cuando un pariente que conoce de la existencia de los hechos se acoge a este privilegio (porque prevalece en él su obligación moral de guardar secreto o porque no quiere perjudicar los vínculos familiares) y no declara, el acusado puede resultar favorecido por su silencio, en tanto en cuanto no se introducen en el proceso nuevos elementos que lo incriminen. Pero ésta es la consecuencia de la aplicación de precepto, no su razón de ser. En estos casos no resulta beneficiado por su condición de parte pasiva del proceso penal sino, como se verá, como efecto reflejo de su pertenencia a la unidad familiar que el ordenamiento protege.

b) La salvaguardia de la búsqueda de la verdad en el proceso penal

Se trata de un fundamento escasamente alegado por la doctrina española (y, por lo que he podido ver, en ningún caso por la jurisprudencia). Sin embargo, en otros ordenamientos se cita como un motivo más de la existencia de los “privilegios familiares”. Apoyándose en muchas ocasiones en estudios empíricos²², se parte de que la mayor parte de los testigos-familia tienen tendencia a mentir en el juicio para proteger a sus familiares (o, si están movidos por rabia o enemistad, para perjudicarlos), por lo que se entiende más razonable no obligarles a declarar para evitar que se contamine la necesaria búsqueda de la verdad en el proceso penal (la “*genuitá probatoria*”, en palabras de la doctrina italiana²³). Ahora bien, a la vez estos autores entienden que la protección de este fin puede conseguirse también a través de un instrumento tradicional, como es la libre valoración de la credibilidad del testimonio por el tribunal que conoce de la causa, que actuará como filtro frente a posibles declaraciones falsas²⁴.

c) La protección del testigo frente a un posible conflicto de conciencia o de intereses

La obligación de declarar en el proceso penal, como manifestación del deber de colaboración con la Administración de Justicia, resulta con carácter general inocua para quienes deben testificar. Ahora bien, en algunos casos la especial relación del testigo con el imputado podría convertir esa obligación en una pesada carga. El testigo podría encontrarse en la encrucijada de tener que optar entre decir verdad, incriminando al acusado, cumpliendo así su deber legal y evitando las consecuencias penales derivadas de su falso testimonio, o tener que mentir para protegerlo. De este modo, surgiría en el testigo un conflicto (como afirma la doctrina alemana, un “conflicto de conciencia”) entre su deseo de no perjudicar al acusado y de preservar los secretos que le han sido confiados por él, su miedo a ser perseguido penalmente y su deber de colaborar con la Justicia. Advuértase que su deber de guardar esos secretos no es legalmente exigible, a diferencia

²² Véase RENGIER, *Die Zeugnisverweigerungsrechte*, pp. 61 a 63.

²³ Por todos, GREVI, *Il segreto familiare*, 1974, p. 105.

²⁴ En este sentido, GREVI, *Il segreto familiare*, 1974, p. 105, y CONSO, «Lálibi dei parenti», *Archivio penale*, (Parte I), 1971, p. 177.

de lo que ocurre con los deberes de sigilo de ciertos funcionarios o de los abogados. No existe ninguna sanción legal prevista para quienes deciden declarar en juicio contra un pariente. Pero desde antaño este comportamiento ha sido reprobado moralmente, ya que se entiende que existe un deber moral entre los miembros de la familia de preservar aquello que se revela en la intimidad y con ánimo de que permanezca resguardado del exterior. De hecho, tradicionalmente se ha entendido que esta exigencia moral de no revelar las informaciones familiares proviene de exigencias de Derecho Natural y que, por tanto, ha de ser protegida por el ordenamiento para no obligar a nadie a actuar en contra de su conciencia.

Pues bien, atendiendo a estas razones, en todos los ordenamientos a los que he tenido acceso se intenta proteger de este conflicto al testigo pariente, levantando la pesada carga de tener que declarar. Lógicamente se entiende que esta excepción sólo tiene sentido en un ámbito subjetivo muy reducido, que suele coincidir con el conyugal (Reino Unido) o el familiar (España, Alemania, Francia), dado que las normas nacionales (normalmente de rango constitucional) protegen de forma especial estos ámbitos (por ejemplo, en España, arts. 18 y 39 CE; en Italia, arts. 29 y 31 de la Constitución italiana; en Alemania, art. 6 de su Constitución). Esto se justifica porque se entiende que en la familia se da una relación muy especial, de tal forma que sea lógico, por un lado, que sus distintos miembros –en especial los cónyuges– se confíen informaciones confidenciales, respecto de las que se sienten moralmente obligados a preservar el secreto, de forma análoga a como lo hacen en el ejercicio de su oficio los abogados, los sacerdotes o los periodistas –también amparados por el art. 24 CE–, y, por otro, los parientes no quieran hacer ni decir nada que pueda perjudicar a un ser querido. El Estado entiende que sólo en estos casos especialmente protegidos por el ordenamiento tiene sentido hacer dejación de su obligación de exigir a los ciudadanos colaborar para perseguir las infracciones criminales.

Para AGUILERA DE PAZ éste era el motivo que justificaba la previsión del art. 416 en la LECrim de 1882: “repugna a la propia naturaleza humana y a los sentimientos de piedad natural que deben mediar entre los que están unidos por vínculos tan estrechos de parentesco, por su concurso a otros a sufrir las graves consecuencias de las imputaciones en su contra hubieran de hacer, de no faltar a los deberes que la obligación de declarar les impone (...)”²⁵. Desde entonces no son pocos los autores españoles se han sumado a esta tesis²⁶.

Nuestros tribunales también han argumentado con mucha frecuencia este motivo. Buena muestra de ello son recientes pronunciamientos del Tribunal Supremo, en los que se defendía que el fundamento del 416 LECrim reside en evitar la “colisión entre el deber de declarar y las consecuencias de los vínculos familiares y de solidaridad” [STSS de 8 de abril de 2008 (RAJ 1726)

²⁵ AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1923, p. 604.

²⁶ Por ejemplo, aluden a este fundamento, entre otros, MORENO CATENA cuando menciona los “deberes morales interfamiliares” (Véase MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, 1980, p. 168); MAGRO SERVET, «La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?», *La Ley*, (4), 2005, p. 1701; ESCOBAR JIMÉNEZ, «La facultad de no declarar contra determinados familiares», *La Ley*, (7301), 2009, p. 2.

y de 26 de enero de 2010 (RAJ 1270); en el mismo sentido, también STS de 5 de marzo de 2010 (JUR 81886) y SAP Madrid de 17 de diciembre de 2009 (JUR 93045)].

También la doctrina y jurisprudencia extranjera coinciden en apuntar la prevención de este conflicto como fundamento del “privilegio familiar”. En este sentido, BIALEK señalaba que con esta previsión se trata de proteger al testigo de un conflicto de conciencia al tener, por un lado, que decir la verdad y, por otro, verse sujeto a la “obligación moral de confianza y apoyo mutuo”²⁷. Y CARRARA años antes señalaba que “es la suprema ley moral y del derecho natural que prohíben como crueldad nefasta inducir en un juicio a declarar en contra del acusado al padre, al hijo, al hermano, a la mujer o a otros parientes cercanos”²⁸.

d) La protección de las relaciones de familia

Íntimamente ligado con el motivo anterior se encuentra la protección de las relaciones de familia. La dispensa del deber de declarar no sólo protege al testigo-pariente frente a la situación incómoda y antinatural de tener que declarar en contra de su familiar y violar un posible secreto, sino que se protege también su núcleo familiar. Porque, una vez finalizado el proceso penal, si se retoma la relación familiar, ésta quedaría gravemente dañada si durante el juicio hubieran tenido que declarar unos contra otros y sus testimonios hubieran sido el apoyo de la sentencia de condena.

La dispensa surge, por tanto, para proteger la estabilidad del núcleo familiar o, como afirma la doctrina inglesa, para procurar no interferir en la armonía matrimonial o familiar más de lo necesario. Con ello se consigue una doble finalidad; porque no se trata sólo de proteger la unidad familiar concreta, la paz de esa familia en particular, para procurar “un clima familiar sano”, sino, como afirma la doctrina alemana²⁹, se trata de cuidar la familia en su conjunto, como institución nuclear de la sociedad³⁰. Porque, afirman, “el bienestar del Estado está también en la permanencia de la familia como forma más significativa de vida en común”³¹. Por tanto, este derecho se acoge como reflejo de la obligación estatal de protección de la familia y, en especial, de los menores, consagrada en las Constituciones de prácticamente todos los países de nuestro entorno.

Coincido con esta visión que entiende el privilegio familiar como un intento por evitar que el proceso penal se convierta en germen de graves conflictos familiares difícilmente solubles.

²⁷ BIALEK, *Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip*, 2000, p. 47; en sentido análogo, REINGER.

²⁸ CARRARA, *Lineamenti di pratica legislativa penale*, 2007, p. 191.

²⁹ REINGER, *Die Zeugnisverweigerungsrechte*, 1980, p. 93.

³⁰ BIALEK, *Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip*, 2000, p. 48.

³¹ REINGER, *Die Zeugnisverweigerungsrechte*, 1980, p. 60.

Nuestra jurisprudencia también alude en ocasiones a este fundamento. Buena muestra de ello es la Sentencia de 26 de marzo de 2009, en la que el Tribunal Supremo afirma que la razón de “la no exigencia de una conducta diversa del silencio por relevación de la obligación de testimonio se ha encontrado ora en los vínculos de solidaridad entre el testigo y el imputado, acorde con la protección de las relaciones familiares dispensadas en el art. 39 CE, ora en el derecho a proteger la intimidad en el ámbito familiar, o asimilado, con invocación del art. 18 CE” (RAJ 2377), y la Sentencia de 18 de diciembre de 1991 en la que el Tribunal Supremo señalaba que en estos casos “la ley hace prevalecer el respeto de la relación familiar, preservando el más absoluto de los secretos, sobre el fin de descubrir la verdad real para el castigo de quienes delinquieron” (RAJ 9493).

La doctrina española también ha defendido con frecuencia la “concordia familiar” como fundamento de esta dispensa³².

Creo que de esta exposición cabe colegir con claridad que estos dos últimos motivos son los fundamentos de mayor peso, que fueron la razón de ser del precepto que estudiamos y que hoy día siguen justificando su existencia.

Pues bien, una vez clarificados estos fundamentos, ahora sí es momento para aproximarse con cierta claridad al examen de otras cuestiones, tomándolos como referencia obligada.

5. Naturaleza jurídica de la exención de los parientes del deber de declarar

Antes de analizar el alcance objetivo y subjetivo de la exención de declarar a favor de los parientes del acusado, conviene hacer una precisión sobre su naturaleza jurídica. Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, la previsión del art. 416 LECrim recibe denominaciones muy dispares: se habla en ocasiones de derecho a no declarar de los parientes, de dispensa, de exención o de privilegio.

Queda fuera de toda duda que el art. 416 LECrim releva a los parientes de la obligación general de declarar que se impone a todo testigo en causa criminal en el art. 410 LECrim y que, en este sentido, puede reputarse como una exención a un deber impuesto por la ley con carácter general a todos los ciudadanos. Adviértase con todo que únicamente levanta a su favor la carga de declarar pero no les prohíbe hacerlo. El Tribunal Supremo, de hecho, señalaba en su Sentencia de 23 de marzo de 2009 que más que una exención del deber de declarar, el art. 416.1 LECrim lo que arbitra es una “fórmula jurídica de escape que libera al testigo-pariente de la obligación de colaboración con los órganos jurisdiccionales llamados a investigar un hecho punible” (RAJ 3062). Asimismo, puede considerarse como dispensa del deber jurídico de declarar, en el sentido de privilegio que la ley les concede únicamente a quienes guardan una relación muy cercana de

³² MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos en el proceso penal*, 1980, p. 168. En sentido similar, FUENTES SORIANO, citando también a RODRÍGUEZ LAINZ, habla de protección de determinados vínculos morales que se generan entre familiares (Véase FUENTES SORIANO, *El enjuiciamiento de la violencia de género*, 2009, p. 144).

parentesco, que se ha considerada desde antaño merecedora de protección por el ordenamiento jurídico.

Pero conviene ir más allá y plantearse si la facultad que el art. 416 LECrim les otorga de decidir si declaran o no en causa criminal trae causa de un derecho subjetivo que ostentan los parientes frente al Estado. En mi opinión, desde la aprobación de la Constitución la respuesta debe ser afirmativa³³. El artículo 24 CE consagra esta exención de declarar como un derecho fundamental, dentro de los que se denominan de configuración legal, en el sentido de que existe en tanto en cuanto lo prevea una ley y en los términos que en ella se prevea. Esto implica que, hasta el momento, este derecho, tal y como está previsto en el art. 416 LECrim, otorga a los parientes allí referidos –que, lógicamente, son sus únicos titulares– el poder de decidir si declaran o no en cada una de las fases de un proceso que se dirige contra un familiar suyo, colocándoles en una posición “privilegiada” frente a los demás testigos, derivada de la titularidad de otros derechos también fundamentales como es el derecho a la intimidad personal y familiar. Esta posición especial implica que de su silencio no podrá derivarse en ningún caso sanción alguna ni consecuencia que les sea perjudicial, si bien, cuando no se acojan a esta exención y decidan deponer, quedarán obligados a decir verdad como cualquier otro testigo y sus declaraciones pasarán a formar parte del material probatorio de la causa, sobre el que carecen de cualquier poder de disposición. En este sentido afirma el Tribunal Supremo que “el art. 416.1 del CP no introduce a favor del testigo, ni siquiera cuando es parte perjudicada formalmente personada, ningún poder de disposición sobre el objeto del proceso. Tampoco le otorga una extravagante capacidad de selección de los elementos de investigación o de prueba que hayan de ser valorados por el Tribunal y que se hayan generado válidamente en el proceso. El testigo pariente del imputado sólo tiene a su alcance, con fundamento en aquel precepto, la posibilidad de eludir válidamente el cumplimiento de un deber abstracto de declarar. Lo que el art. 416.1 protege es su capacidad para guardar silencio, para sustraerse a la condición de obligado colaborador en la indagación de los elementos de prueba que respalden la hipótesis de la acusación. Hasta ahí llega su estatus. Lo que en modo alguno otorga aquel precepto es el derecho a declarar alterando conscientemente la verdad o a prestar un testimonio de complacencia invocando los lazos familiares. El testigo, en fin, puede callar. Pero si habla, conociendo su derecho a no hacerlo, su testimonio se incorpora al material probatorio del que puede valerse el Tribunal para la afirmación del juicio de autoría” [STS de 23 de marzo de 2009 (RAJ 3062)].

Su configuración como derecho fundamental supone, además, que, como defiende Díez-PICAZO GIMÉNEZ, toda vulneración de esta exención “puede reconducirse a una vulneración del art. 24.2

³³ Comparten esta opinión CASTILLEJO MANZANARES, «La dispensa del deber de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», *Revista de Derecho Penal*, (26), 2009, p. 135; ORTEGA CALDERÓN, «La superación procesal del ejercicio por las víctimas de violencia de género de la dispensa legal de declarar», *La Ley*, (6820), D-243, 2007, p. 1070; PIÑEIRO ZABALA, «La víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 de la LECrim», *Revista Jurídica de Castilla y León*, (24), 2011, p. 98.

CE”³⁴ y, por ende, es susceptible de protección a través del amparo por el Tribunal Constitucional.

6. Alcance de la exención de no declarar a favor de los parientes

6.1. Alcance objetivo

El artículo 416 LECrim no hace ninguna mención al contenido de las declaraciones que quedan cubiertas por esta dispensa, por lo que ha de entenderse que quedan amparadas todas, cualesquiera que sean los hechos a los que se refiera: sean o no personales, pertenezcan o no al ámbito de su intimidad, tengan o no relación con el hecho investigado. Tampoco se establece ninguna limitación para las declaraciones concernientes a hechos delictivos cometidos en el ámbito familiar, por lo que también han de reputarse cubiertas por esta dispensa.

Ahora bien, téngase en cuenta que el art. 416 LECrim no exime al testigo pariente de uno de los imputados de tener que declarar en el mismo proceso si se le pregunta sobre cuestiones relativas a la participación de los otros coimputados en la comisión del hecho delictivo.

6.2. Alcance subjetivo

a) Consideraciones generales

Queda fuera de toda duda que el término “procesado” ha de interpretarse en este contexto de la forma más amplia posible. No tiene sentido defender que sólo pueden hacer valer esta exención los parientes de quienes hayan sido imputados formalmente en un proceso ordinario por delitos graves y sólo a partir del momento en que lo hayan sido. Incluso, como señala MORENO CATENA, si se permitiera tomarles declaración justamente antes de dictar auto de procesamiento por el juez instructor, podría “burlarse impunemente la solución prevista por el legislador”³⁵. Esta facultad ha de poder ejercitarse por los familiares desde el primer momento en que se imputa un delito a un pariente suyo y se les llama para tomarles declaración. Máxime cuando el art. 418 LECrim impide obligar a los testigos a contestar preguntas que perjudiquen a sus parientes, sin indicar la vinculación que en estos casos han de tener con la causa.

La delimitación de quién ha de reputarse “pariente” del procesado sí que genera más dudas. Dentro de las distintas opciones acogidas en los ordenamientos de nuestro entorno, la Ley de Enjuiciamiento Criminal adoptó una posición intermedia a la hora de delimitar qué parientes pueden hacer valer esta exención. El artículo 416 LECrim no se refiere únicamente a los cónyuges, como el derecho inglés, sino que incluye también a los parientes más próximos –

³⁴ Véase Díez-PICAZO GIMÉNEZ, (con ALZAGA VILLAAMIL), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, p. 121.

³⁵ Véase MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos en el proceso penal*, 1980, p. 158. Cita este autor a SÁEZ JIMÉNEZ, quien, durante los años sesenta sostuvo un criterio contrario.

aunque con un alcance más limitado que los ordenamientos alemán e italiano, que amplían este privilegio incluso a los parientes del tercer grado de consanguinidad (esto es, a tíos y sobrinos), y que el francés, que lo reconoce también a todos los afines del mismo grado que los consanguíneos-. Lo hace, sin embargo, de forma bastante confusa y redundante³⁶. En su redacción originaria, el artículo 416 LECrim establecía lo siguiente: “están dispensados de la obligación de declarar los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del artículo 261”. Tratando de sistematizar su contenido y de adaptarlo a la regulación de las relaciones familiares actuales, conforme a este precepto quedan relevados de la obligación de prestar declaración los siguientes parientes:

- Los padres y los hijos, así como los abuelos y nietos, que son los parientes en línea directa ascendente y descendente. Entendemos que también deberían quedar comprendidos los suegros y yernos, ya que el art. 416 LECrim no excluye en este caso de forma expresa a los afines, a diferencia de lo que se prevé a continuación respecto de los colaterales de segundo grado. Dado que la distinción entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales dejó de tener relevancia a efectos civiles desde la reforma de 13 de mayo de 1981, debería suprimirse la remisión final a los hijos naturales, mencionados en el art. 261.3 LECrim.

- Los cónyuges. En los últimos años los problemas que han surgido en cuanto al ámbito subjetivo de este privilegio han girado en torno a si deben entenderse comprendidas las parejas de hecho o las relaciones análogas al matrimonio dentro de la referencia que el art. 416 LECrim hace a los “cónyuges”, dando lugar a pronunciamientos muy dispares de nuestros tribunales [así, por ejemplo, a favor, por analogía a otros supuestos acogidos por el Código Penal, SSTs de 22 de febrero de 2007 (RAJ 1558), de 8 de abril de 2008 (RAJ 1726) y de 26 de marzo de 2009 (RAJ 2377); en contra, por todas, STS de 21 de noviembre de 2003 (RAJ 9255)]. Sin embargo, esta polémica ha sido zanjada recientemente tras la reforma de la LECrim operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, que introduce en la lista de sujetos que pueden ejercitar el derecho del art. 416 LECrim a toda “persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial”. Entendemos, sin embargo, que con este precepto se excluyen las relaciones de noviazgo sin convivencia³⁷.

Guarda, sin embargo, silencio la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre el momento al que debe atenderse para determinar la relación conyugal. Dada su complejidad, se aborda esta cuestión de forma independiente en el apartado siguiente.

- Los hermanos, tanto los que comparten padre y madre (consanguíneos), como los que tienen una misma madre aunque el padre sea distinto (uterinos). Dado que su relación tendrá la misma consideración dentro de la familia y merecen idéntica protección de su intimidad, entendemos que no hay razón para excluir a los hermanos que únicamente tienen en común a su padre.

³⁶ Mejoraba la delimitación del alcance subjetivo de este privilegio en el Anteproyecto de LECrim de 2011, en concreto en su art. 570, tal y como puede leerse *supra* en la nota al pie 4.

³⁷ En este sentido véase también la conclusión Octava del Seminario del CGPJ sobre la dispensa de la obligación de declarar (octubre de 2009), en www.poderjudicial.es. Como ponen de manifiesto las Conclusiones del Seminario de Fiscales de Violencia de Género de 2009, en la práctica en algunas provincias se aplicaba el art. 416 LECrim también a los novios e, incluso, a los ex novios (Ávila, Palencia, Salamanca y La Rioja), si bien confiamos en que, tras la reforma del precepto en 2009, esto ya no ocurra.

Resulta redundante, por tanto, la alusión que hace el art. 416 LECrim a los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado, ya que tanto abuelos, como nietos y hermanos ya estaban incluidos en las categorías anteriores, si bien la única utilidad de esta previsión legal es la de excluir a los colaterales afines, apartándose del elenco de parientes no obligados a denunciar a su familiar del art. 261 LECrim.

b) Momento a tener en cuenta para determinar la vigencia de la relación conyugal

Todavía el legislador no ha despejado otra de las grandes dudas que han surgido en torno a este punto: el momento al que ha de atenderse para determinar la vigencia del vínculo. El art. 416 LECrim guarda absoluto silencio, por lo que la jurisprudencia ha ido llenando esta laguna con pronunciamientos nada uniformes. Durante años el Tribunal Supremo ha exigido la subsistencia de la convivencia marital o *more uxorio* en el momento en que ha de prestarse la declaración. De esta tesis son reflejo, entre otras, las Sentencias de 22 de febrero de 2007 (RAJ 1558), de 8 de abril de 2008 (RAJ 1726) y de 20 de enero de 2009 (RAJ 1383). Así, por ejemplo, en aplicación de esta doctrina, la Audiencia Provincial de Madrid sostenía que en caso de divorcio no cabe acogerse a la exención ya que la “solidaridad justificadora de la excepción ha de entenderse que desaparece” [SAP Madrid de 17 de diciembre de 2009 (JUR 2010/93045); en sentido análogo SAP de Cádiz de 20 de enero de 2010 (ARP 2010/480)]. Sí podrían beneficiarse de este privilegio quienes no convivieren con el cónyuge al tiempo del proceso por razones ajenas a la voluntad de ambos, como ocurría, por ejemplo, si el procesado se encontraba en la cárcel al tiempo en que tuviera que deponer su esposa en el juicio [STS de 22 de febrero de 2007 (RAJ 1558)].

Sin embargo, en Sentencia de 26 de marzo de 2009 parecía que el Tribunal Supremo había decidido modificar este criterio. Defendía el Supremo que la exención de declarar puede aplicarse “aun después de la extinción del vínculo de cualquiera de los acusados en el proceso”, ya que “no puede aceptarse que la convivencia se erija en ratio de la excepción regulada en el art. 416.1 LECrim” [citando las palabras del Tribunal Constitucional en su Auto de 6 de junio de 2006 (ATC 187/2006)]³⁸. Es más, el Supremo no se explicaba cómo podía tenerse en cuenta el tiempo del proceso para determinar la subsistencia de la obligación de declarar, “cuando se atiende al tiempo de los hechos no solamente para la protección penal de la persona vinculada por esa relación, sino también para eximirla de la eventual responsabilidad por encubrimiento”. De este modo, entendía que han de tenerse en cuenta “las circunstancias del caso y el fundamento que en las mismas justifica la aplicación del art. 416.1 LECrim”, de tal forma que cuando la solidaridad sea el único motivo que justifica su aplicación, nada impedirá obligar al testigo a prestar testimonio si ya no subsiste su vínculo con el acusado, mientras que si, si por el contrario, se entiende que su declaración pudiera comprometer “la intimidad familiar bajo la cual ocurrieron los hechos objeto de enjuiciamiento”, debería permitirse al testigo acogerse a esta exención aunque se hubiera roto la afectividad “subsiguiente al cese de la convivencia”.

³⁸ Comparte este criterio CHOZAS ALONSO quien, haciendo referencia a lo que establece esta Sentencia, habla de “ultractividad de esta facultad” (CHOZAS ALONSO, *El interrogatorio de testigos en los procesos civiles y penales*, 2010, p. 341).

En mi opinión, éste es el criterio más acertado si tenemos en cuenta el fundamento del privilegio³⁹. Coincido con el Supremo en que lo lógico es atender a la existencia del vínculo en el momento en que se tuvo conocimiento de los hechos sobre los que se va a declarar. Pero es que hay más. Si el precepto intenta evitar colocar al testigo en un conflicto moral, en muchos casos éste seguirá produciéndose aunque se rompa el vínculo (por divorcio, nulidad o cese de la convivencia *more uxorio*), ya que la persona que se hizo merecedora de la confianza de su cónyuge puede sentirse igualmente obligada desde el punto ético a mantener el secreto aunque la relación ya se haya terminado. Además, si se defiende que el precepto también protege la armonía familiar, no veo justificado que se niegue al ex cónyuge su derecho a no declarar si decide guardar silencio para evitar desvelar informaciones que piensa que pudieran perjudicar a los hijos que tiene en común con el acusado. Este criterio es el que acogen las legislaciones de países de nuestro entorno, tales como la italiana y la francesa, que cita el Supremo en esta Sentencia de 26 de marzo de 2009 en apoyo de su doctrina (véase fundamento jurídico tercero).

Pese a todas estas razones, el Tribunal Supremo, sin dar mayor explicación de este cambio de criterio, volvió a retomar su tesis anterior en su Sentencia de 26 de enero de 2010 (RAJ 1270)⁴⁰. Afortunadamente el 14 de mayo de ese mismo año ha corregido este criterio, retomando la doctrina sentada en marzo de 2009 [STS de 14 de mayo de 2010 (RAJ 5805)]. Salvo algún caso aislado (SAP de Cáceres de 22 de julio de 2010 (ARP 2010/1024), desde entonces las Audiencias Provinciales vienen aplicando esta “nueva” doctrina [entre otras, SAP Albacete de 22 de diciembre de 2011 (ARP 2012/179); SSAAPP de Madrid de 21 de septiembre de 2011 (JUR 364824), de 18 de julio de 2011 (JUR 317271) y de 2 de junio de 2011 (JUR 247053); SAP de Lérida de 10 de mayo de 2011 (JUR 259160); SAP de Las Palmas de 3 de febrero de 2011 (JUR 261974); SAP de Lugo de 3 de noviembre de 2010 (JUR 50928)].

c) El caso especial de los testigos víctimas

No cabe finalizar el examen del alcance subjetivo de este privilegio sin analizar la cuestión que más problemas presenta hoy día: la determinación de si los parientes que han sido víctimas del hecho cometido por el acusado pueden hacer uso de esta dispensa.

En España esta cuestión se ha planteado en pocas ocasiones en estos términos. Bien es cierto que hasta hace unos años no merecía una especial atención. Sin embargo, ante el creciente número de procesos por violencia en el ámbito familiar, nuestros tribunales han tenido que plantearse si también ha de ser posible invocar el art. 416 LECrim cuando la víctima sea pariente del acusado.

³⁹ En contra, HURTADO YELO, «Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?», *La Ley Penal*, (76), 2010, p. 40.

⁴⁰ Es curioso ver sobre este punto las Conclusiones del Seminario de Fiscales de Violencia de Género de 2009 en el que se recogen los criterios totalmente dispares sostenidos ya no sólo en las distintas Comunidades Autónomas, sino incluso en las Provincias que las integran. Así, por poner un ejemplo, dentro del País Vasco, en Vizcaya y Guipúzcoa se exigía que el vínculo no estuviera roto para poder hacer valer la dispensa del art. 416 LECrim, mientras que en Álava se podía aplicar este privilegio también cuando la relación ya estuviera rota. Estos datos también pueden verse en la Memoria de la Fiscalía de Violencia de Género de 2010, pp. 694 a 700.

La situación que se produce es especialmente delicada por las razones siguientes. En las causas que se siguen por este tipo de delitos, el agredido suele ser el único testigo (o, al menos, el único testigo directo de los hechos) capaz de aportar al proceso prueba de cargo que desvirtúe la presunción de inocencia, ya que se trata de actividades que generalmente se desarrollan en la intimidad y, como es bien sabido, en la mayor parte de estos casos, por motivos variados que luego analizaré, la víctima suele declarar ante la policía –en muchos casos tras haber presentado de forma voluntaria una denuncia–, presta su testimonio ante el juez de instrucción, pero suele decidir que no declara en el juicio oral, lo que deja a los tribunales sin prueba para poder condenar al acusado, dando lugar a un gran número de claras situaciones de impunidad⁴¹.

Aunque nuestros tribunales no han abordado con toda su profundidad esta cuestión, sí que en ocasiones han apuntado que el artículo 416 LECrim no es de aplicación para las víctimas que formalizan “de forma espontánea” su denuncia contra su pariente, puesto que, como señala el Tribunal Supremo, este precepto “contiene una causa de justificación para aquellos que nieguen su testimonio respecto de hechos que se imputan a personas con las que están vinculados parentalmente, pero de cuyos hechos no son víctimas” [STS de 12 de julio de 2007 (RAJ 1416); STS de 29 de enero de 2009 (Id. Cendoj 2879120012009200284); en idéntico sentido, STS de 26 de enero de 2010 (RAJ 1270); así también en las Audiencias Provinciales; por todas, SAP Las Palmas de 22 de marzo de 2010 (JUR 419214)]. En términos similares, el Alto Tribunal también ha señalado en ocasiones que cuando la propia víctima es la que denuncia, “es obvio que las prevenciones de dicho artículo son superfluas y en todo caso su omisión ninguna relevancia tiene (...)” [así en STS de 27 de octubre de 2004 (RAJ 6857); ATS de 29 de marzo de 2006 (PROV 124438)]. En otros casos, los pronunciamientos han sido más discretos y lo más que se han atrevido a sostener ha sido que resulta innecesario advertir al testigo denunciante de su derecho a no declarar, pese a lo que establece el art. 416.1.II LECrim⁴², cuando de su denuncia resulte concluyentemente su renuncia a este privilegio [así en SSTs de 18 de diciembre de 1991 (RAJ 9493), de 6 de abril de 2001 (RAJ 3350) y de 27 de octubre de 2004 (RAJ 6857)]. En la actualidad, sin embargo, el Supremo ha adoptado el criterio general de la obligatoriedad de la advertencia al testigo en todas las fases del proceso, incluso aunque el testigo haya denunciado el hecho [así en STS de 5 de marzo de 2010 (RAJ 4057), en análogo sentido a SSTs de 10 de mayo de 2007 (RAJ 3261)]. Entiende, así, que “el pariente del acusado que esté incluido en el art. 261 ó 416 LECrim no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe informarse que se dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconozca. En todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores”⁴³.

⁴¹ Así lo pone de manifiesto el Grupo de Expertos en Violencia Doméstica y de Género en su Informe sobre la aplicación de la L.O. 1/2004, de enero de 2011, que insta por ello a una reforma del precepto legal. Puede consultarse su texto en <http://www.malostratos.org/images/pdf/011/011%20informe%20CGPJ.pdf>.

⁴² Dispone en este sentido el art. 416.1.II LECrim que “El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario”.

⁴³ En este sentido en la doctrina CÁMARA MARTÍNEZ/JUNCÀS GÓMEZ, «Sobre el alcance y el futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de la violencia de género», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (20), 2008-2, p. 41.

En el fondo, como puede observarse, no se ha hecho realmente un planteamiento serio sobre si deben o no beneficiarse de este derecho los testigos-víctimas, puesto que, a lo más que se ha llegado, es a entender que en algunos casos no hay que informarles de su derecho a no declarar. Entiendo que ésta la manera acertada de afrontar esta cuestión. Más importante que resolver los problemas concretos, es preciso llevar a cabo un previo planteamiento de base sobre si debe o no reconocerse este derecho a estos parientes. En mi opinión, la cuestión de la aplicación del art. 416 LECrim a las víctimas tiene una respuesta bastante clara y unívoca si se enfoca desde el prisma de los fundamentos del derecho a no declarar.

En primer lugar, habría que plantearse si tiene sentido reconocer este privilegio a favor de la víctima-pariente con objeto de proteger la armonía y la paz familiar. Podrá aducirse que algunos delitos cometidos entre parientes pueden no romper esta relación familiar armoniosa. Ahora bien, creo que ocurre algo distinto en los casos de delitos de violencia doméstica y de género, que son la mayoría de los que se plantean en estas circunstancias ante nuestros tribunales. En estos supuestos ya no hay ocasión de proteger dicha armonía o paz familiar, puesto que ésta quiebra automáticamente como consecuencia del acto violento cometido por el acusado frente a uno de los integrantes del núcleo familiar. Piénsese en el padre que viene abusando sexualmente de su hija de quince años desde que ésta tenía ocho. O en el marido que golpea a su mujer hasta causarle heridas en el cráneo y romperle un brazo ¿Acaso el Estado debe proteger la unidad y la paz de la familia en estos casos? En mi opinión, quien comete un hecho de esta naturaleza acaba necesariamente con los lazos de solidaridad y confianza que unen a los miembros de la familia y que son merecedores de protección legal, por lo que, a mi modo de ver, la aplicación del art. 416 LECrim a estos supuestos no puede fundarse en este motivo.

Veamos si, cuando menos, se justifica la aplicación del privilegio en la existencia de un conflicto de intereses o de conciencia. Es fácil a primera vista dar una respuesta afirmativa, ya que es lógico pensar que a la víctima de un delito de esta naturaleza también se le genera un conflicto interior cuando se encuentra en la tesitura de tener que decidir si declara, incriminando a su pariente, o si calla para protegerlo. Ahora bien, si analizamos con más profundidad este posible conflicto, veremos que presenta notas muy diversas de las que caracterizan la situación del testigo pariente no víctima, ya que lo que normalmente subyace al silencio del familiar agredido no es la obligación ética o moral de guardar un secreto o de no revelar informaciones confidenciales de la familia. Por el contrario, las razones que suelen estar detrás de su indecisión suelen estar estrechamente ligadas a las consecuencias del hecho violento; así, las víctimas pueden dudar si declarar o no porque tienen miedo de las represalias, de que se vuelvan a repetir hechos análogos, porque temen quedarse sin el apoyo económico del cónyuge o porque sueñan con que éste se arrepienta, cambie y todo se arregle. Normalmente además las víctimas se plantean estas opciones tras sufrir amenazas o presiones psíquicas por parte del autor de los hechos, que, o bien las culpabiliza de la ruptura de la familia por el hecho de haberle denunciado, o bien les hace creer que va a cambiar su conducta y que todo va a volver a ser como antes. Como apuntaba la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 20 de diciembre de 2006, “no puede faltar la idea del porqué comúnmente se producen las retractaciones o los sobrevenidos

silencios de las supuestas víctimas cuando han de testificar pasado un tiempo. Es, en no pocos casos, sólo la muestra de la continuación del sometimiento padecido” (ARP 2007/410)⁴⁴.

Confirman asimismo estos argumentos tanto los Informes del Consejo General del Poder Judicial, así como los datos de los últimos años de la Fiscalía sobre Violencia de Género.

Ya en 2006 el Grupo de Expertos en violencia doméstica y de género del Consejo, en su análisis de problemas técnicos detectados en la aplicación de la Ley 1/2004, instaba a reformar el art. 416 LECrim, proponiendo la exclusión de las víctimas de su alcance subjetivo. Señalaba en este sentido que “cuando el pariente es la víctima, resulta lógico entender que no puede aplicarse el art. 416 LECrim, previsto en su momento sólo para proteger al pariente que interviene como testigo no víctima. En el supuesto, sin embargo, de que ostente la doble condición, se entiende que el precepto no nació para posibilitar la impunidad por el hecho contra el/la denunciante. Así: - ni la víctima de violencia de género ni el denunciante de hechos en los que éste resulta perjudicado pueden equipararse al testigo fijado en el art. 416 LECrim para los que, en determinados supuestos, se establece una dispensa legal del deber genérico de declarar; - la víctima de la violencia de género, específicamente, es un testigo privilegiado respecto de los hechos denunciados, dado que, en un buen número de casos, éstos se ejecutan fuera del alcance de terceros, siendo en bastantes supuestos el lugar de los hechos el domicilio común o el de la propia víctima; - puede entenderse que la presentación de la denuncia respecto a hechos en los que se ostenta la condición de víctima supone ya una renuncia tácita al uso del citado precepto; - hacer uso de los arts. 416 LECrim y 707 LECrim podría suponer un auténtico fraude de ley”. En la misma línea, en 2011 dicho Grupo de Expertos sostenía de nuevo la oportunidad de abordar esta reforma legal, partiendo de la situación en que se sitúan este tipo de víctimas ante las agresiones de sus parientes: “tampoco puede obviarse el ámbito en que opera la violencia de género, en que impera dominante el agresor frente a una víctima especialmente vulnerable. En ningún otro tipo de delitos aparece la circunstancia de que la víctima no se limita a perdonar a su agresor. Más allá de esto, se culpa de su propia agresión, e, inmersa en lo que se conoce como ‘el ciclo de la violencia’, se mueve en una situación permanente de agresión-denuncia-arrepentimiento-agresión, que supone, en muchos casos, que la misma, aún después de haber formulado denuncia, y una vez puesto en marcha el proceso penal, utilice la dispensa de declarar contra su agresor como forma de huir del proceso y evitar que aquél pueda ser castigado por su ilegítima acción.

⁴⁴ En este sentido señala MAGRO SERVET que si las víctimas “han tenido que sufrir un auténtico calvario hasta que se han atrevido a denunciar, éste se incrementará si tras la denuncia e incoación de las diligencias penales el agresor le somete a una mayor presión para conseguir que se niegue a declarar al amparo de los arts. 416 y 707 LECrim. Por ello, este instrumento puede ser un auténtico *boomerang* para las propias víctimas, ya que como en muchos casos es la declaración de ellas la única prueba con que cuenta la acusación para interesar la condena, resulta que con la ausencia de la declaración de la víctima el agresor que ha cometido un delito de los incluidos en la LO 1/2004, de 28 de diciembre, en el apartado que modifica el Código Penal, podrá quedar absuelto si éste consigue convencer a la víctima para que no declare, por lo que aumentarán las presiones hasta el día del juicio” (MAGRO SERVET, «La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?», *La Ley*, (4), D-223, 2005, p. 1708).

Esta situación, de hecho, termina convirtiendo este recurso procesal en un nuevo instrumento de dominación al servicio del violento cuando la testigo es la víctima de los hechos”⁴⁵.

También muy ilustrativos sobre esta cuestión son los datos de 2011 de la Fiscalía sobre Violencia de Género, que indican que un 46.47% de las acusaciones que fueron retiradas por los Fiscales lo fueron porque las víctimas, tras haber denunciado de forma voluntaria a su agresor, se acogieron antes del juicio oral a la dispensa del art. 416 LECrim⁴⁶. Entiendo, por tanto, que el Estado proteja aquellos conflictos en los que haya una colisión entre el interés público y un deber moral de secreto de los testigos parientes, cediendo en su obligación de perseguir los delitos, pero no me parece defendible en estos supuestos de violencia, en los que las razones para no declarar no deberían tener ningún amparo legal. Antes al contrario, en mi opinión, en estos casos el Estado debe intentar por todos los medios la persecución de esas infracciones, lo que incluye adoptar todas las medidas (legales, policiales, económicas, psíquicas, etc.) que eviten que las víctimas puedan ser coaccionadas para no declarar, asegurándole que si elige colaborar con la Justicia será más fácil acabar con la situación de violencia en que vive⁴⁷. En este sentido, el Comité preparatorio de la Ley que introdujo la obligatoriedad de la declaración de la víctima en el Reino Unido señalaba lo siguiente: si se deja en manos de la víctima la posibilidad de practicar o no su declaración, “el resultado, sin duda, será que en muchos casos dependerá de ella si hay o no una acusación. Reconocemos la fuerza de este argumento y su bondad desde el punto de vista político, especialmente porque la esposa podría pensar que, dejando de declarar, tiene una mayor esperanza de que el marido la trate bien en el futuro. Pero, en conjunto, creemos que el interés público en la persecución de la violencia requiere que se defienda la obligatoriedad en la declaración; el hecho de que sea obligatorio para la víctima hará así más fácil contrarrestar el efecto de una posible intimidación por el marido y poder persuadirle de que declare”⁴⁸.

⁴⁵ Vid. p. 24 del citado Informe. Puede consultarse en http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/OBSERVATORIO%20DE%20VIOLENCIA%20DOMÉSTICA/INFORMES/FICHERO/INFORME%20PROBLEMAS%20TECNICOS%20LO%201-2004-PROPUESTAS%20LEGISLATIVAS-2011-01_1.0.0.pdf.

⁴⁶ Datos extraídos de la Memoria de la Fiscalía de Violencia de Género correspondiente al año 2011, p. 762. De hecho, el 2010 fue el año en el que tuvieron lugar el mayor número de retiradas de la acusación. La cifra se elevó a 112, frente a los 103 de 2009, 96 de 2008 y 101 de 2007.

⁴⁷ De hecho, CASTILLEJO MANZANARES no es partidaria de modificar el art. 416 LECrim, excluyendo a las víctimas, sino de reforzar las medidas dirigidas a su protección para evitar que se “amparen en este derecho por cuestiones distintas a su propia voluntad” (Véase CASTILLEJO MANZANARES, «La dispensa del deber de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», *Revista de Derecho Penal*, (26), 2009, p. 139).

⁴⁸ Véase en el *11th Report of the Criminal Law Revision Committee* (1973), *Clause 9*, p. 149. En sentido análogo ZUCKERMAN apuntaba que “es difícil imaginar que en nuestra comunidad la inmunidad que se garantiza a los esposos de tener que declarar frente al otro va a suponer una gran contribución a la estabilidad general del matrimonio”.

Hay además más consideraciones que debilitan la justificación basada en la armonía matrimonial. Si la mujer tiene libertad para decidir si declara o no, su marido imputado en muchos casos presionará para que rechace declarar cuando se lo proponga la acusación.

También es ambivalente la posición de ocultar información cuando la mujer decide no declarar. Uno puede defender que no se denuncie pero es difícilmente sostenible que sea moralmente aceptable que se oculte

A la vista de estos argumentos, mi respuesta respecto de la aplicación del 416 LECrim a los supuestos de violencia frente a uno de los miembros de la familia es clara: los parientes-víctimas no deberían gozar de este derecho, ya que les es ajena la finalidad de la norma⁴⁹. El legislador en 1882 no pensaba en estos supuestos cuando previó este privilegio familiar. En su mente tenía, por ejemplo, la situación en que se coloca a una mujer que sabe que su marido ha cometido una estafa en su empresa y no quiere denunciarle. Las víctimas parientes no han de contar con este derecho, que, por otro lado, considero que no les beneficia, ya que, por un lado, se dificulta la persecución penal de hechos graves, y, por otro, se favorece que tengan que tomar las palabras del Servicio de Violencia de Género de South Wales en Australia, cuando justificaba la introducción de la obligatoriedad del testimonio de la víctima en su ordenamiento: “el poner en manos de la mujer esta elección es casi un acto de crueldad”. De este modo, si la víctima queda por ley obligada a declarar se le allana el camino para justificar ante el agresor su actitud activa en el juicio⁵⁰.

Aunque sin alegar ninguna justificación, el legislador español ya se ha hecho eco de estos argumentos y ha propuesto una modificación del art. 416 LECrim para excluir de su ámbito subjetivo de aplicación a los parientes víctimas. El Grupo Parlamentario Socialista, durante los trabajos preparatorios de la Ley de Igualdad, Ley 3/2007, de 22 de marzo, presentó una enmienda en este sentido con la que pretendía añadir un nuevo párrafo al art. 416.1 LECrim. La enmienda era del siguiente tenor: “No obstante lo previsto en este número, no podrán acogerse a la dispensa las personas que, mencionadas en el art. 173.2 del Código Penal, hubiesen formulado denuncia por hechos constitutivos de violencia doméstica y de violencia de género”⁵¹. Esta enmienda, sin embargo, no fue finalmente aprobada por el Parlamento.

información al tribunal, especialmente cuando el delito es grave” (ZUCKERMAN, *The principles of criminal evidence*, p. 350).

⁴⁹ En este mismo sentido MAGRO SERVET entiende que incluso podría incurrirse en fraude de ley si se aplica no a los testigos sino a víctimas denunciante (Véase MAGRO SERVET, «La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?», *La Ley*, (4), 2005, pp. 1701 y 1702). En contra, HURTADO YELO, «Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?», *La Ley Penal*, (76), 2010, p. 43. Sostiene una posición intermedia MARTÍN RÍOS, quien entiende excesivo no aplicar el art. 416 LECrim a todos los testigos víctimas, por lo que es partidario de limitar su alcance a los casos en que fuera la única prueba (Véase MARTÍN RÍOS, «Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de violencia», *Revista General de Derecho Procesal*, (15), 2008, p. 5).

⁵⁰ Incluso, desde otro punto de vista, es también instrumento útil para el Estado como protección frente a denuncias falsas de quienes fingieron ser víctimas, ya que, como quedan obligados a declarar en juicio sobre lo que inicialmente contaron a la policía o al juez de instrucción, en no pocos casos de su deposición podrán obtenerse datos que pongan de relieve que todo lo que declaró inicialmente era falso.

⁵¹ Enmienda núm. 214 del Grupo Parlamentario Socialista a la Ley 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad. También se formula esta opción como propuesta alternativa en las Conclusiones del Seminario del CGPJ sobre la dispensa de la obligación de declarar, celebrado en octubre de 2009 (Conclusión 23ª).

Considero que sería muy oportuno que el legislador modificara la norma en este sentido, previo debate sobre el fondo de la cuestión⁵². Mientras tanto, podría tratarse de una lectura restrictiva del alcance subjetivo del art. 416 LECrim, haciendo una interpretación teleológica de la norma.

En cualquier caso, de acogerse esta reforma, España no sería el único país que ha procedido a esta exclusión. De hecho, los italianos obligan a declarar a los parientes que hayan denunciado el hecho o que se hayan querellado frente al acusado y a quienes ellos mismos o un pariente próximo suyo haya sido ofendido por el delito (artículo 199 CPP). Y, con mayor amplitud, en los países del *Common Law* no se reconoce el privilegio de no declarar a las víctimas de los delitos cometidos en el ámbito familiar. En concreto, en el Reino Unido, desde la introducción en 1984 de la sección 80 (1) en el *Police and Criminal Evidence Act* – en adelante PCEA– (Ley policial y criminal sobre prueba), los cónyuges están obligados a declarar uno frente al otro incluso cuando la víctima pueda ser otro miembro de la unidad familiar, menor de dieciséis años.

No se nos ocultan los riesgos de esta opción legislativa. Lógicamente habrá que poner todos los medios para minimizar las repercusiones negativas que puedan sufrir las víctimas, pero estos posibles inconvenientes no justifican seguir aplicando un precepto a supuestos en que, en mi opinión, carece de justificación. A estas alturas el lector ya será consciente del mayor riesgo que implica esta propuesta: que quien inicialmente entra al proceso como víctima, si al final decide guardar silencio en el juicio oral, pueda salir de la Sala como imputado, por haber incurrido en un delito de obstrucción a la justicia. No son ajenos a esta penosa consecuencia los ordenamientos en los que lleva años aplicándose esta obligación de declarar. Destaca en este punto la experiencia inglesa, ya que durante estos años la doctrina ha realizado múltiples estudios sobre esta cuestión. La ley inglesa conmina al cónyuge a declarar, bajo una amenaza análoga a la española (amenaza de incurrir en el llamado “*contempt of court*”) y sancionada con multa de hasta dos mil quinientas libras o/y un mes de prisión. Los ingleses están generalmente de acuerdo en que la obligatoriedad de prestar declaración favorece el castigo de estos delitos tan graves y facilita a las víctimas su salida de las situaciones de violencia en que viven⁵³, si bien han tratado durante estos años de paliar el alto coste que puede tener su opción de permanecer en silencio. De este modo, los Fiscales (*Crown Prosecution Service*) tienen como consigna retirar su acusación antes del juicio cuando saben que la víctima está decidida a no declarar, para evitar colocarla en una situación incómoda y, por lo que se deduce de los datos estadísticos a los que hemos tenido acceso (1984: 3 condenas; 1985: 2 condenas; 1986: ninguna; 1987: 2 condenas)⁵⁴, no parece que los tribunales sean luego muy proclives a perseguir este tipo de conductas, ya que son muy escasos los supuestos en los que condenan por “*contempt of court*”.

Por tanto, si actuáramos en nuestro país con análogas cautelas, de tal forma que los Fiscales mostraran una atención especial ante estas situaciones y los jueces cierta discreción en la

⁵² En este sentido también en la doctrina SIBONY/SERRANO OCHOA/REINA TORANZO, «La prueba y la dispensa del deber de declarar por el testigo-víctima en los procesos de violencia de género», *La Toga*, (182), 2011, p. 10.

⁵³ Véase en este sentido, BARNISH, *Domestic Violence. A literature Review*, HM Inspectorate of Probation, 2004. También UGLOW hace referencia a los diversos resultados de estudios empíricos sobre las consecuencias de la aplicación práctica del art. 80 PCEA (UGLOW, *Evidence*, 2006, p. 347).

⁵⁴ En EDWARDS, «Compelling a reluctant spouse», *New Law Journal*, (I), (139), 1989, p. 692.

persecución de estas infracciones, podrían minimizarse los riesgos de criminalización de las víctimas que podría traer consigo este cambio legislativo. Más lejos ha ido en su propuesta el Consejo General del Poder Judicial que, en el Informe de 2011 antes mencionado, sugiere para evitar estos perjuicios a estos parientes, excluirlos, “cuando declaren a favor del acusado en el acto del juicio oral, retractándose de las declaraciones que hubieren efectuado durante la instrucción, de la posibilidad de ser perseguidos como autores de un delito de falso testimonio, por las manifestaciones que hicieren en este último acto plenario”⁵⁵.

7. El procedimiento de toma de declaración a los parientes

Prácticamente la única previsión específica de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto del procedimiento de toma de declaración de los parientes del imputado se refiere a la exigencia de que sean informados oportunamente de su derecho a no declarar. El art. 416.1.II LECrim establece lo siguiente: “El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene la obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario Judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia”. Como señala MORENO CATENA, “la norma resulta de gran interés (...) y altamente beneficiosa (...)”. Coincido con este autor en que tiene sentido que, a diferencia de lo que ocurre con los otros sujetos exentos de declarar (abogados, eclesiásticos, etc.), se haya previsto este deber de información a favor de los parientes, dado que puede presumirse que no tienen por qué “poseer nociones estrictamente jurídicas” que les hagan conocedores de este derecho y, “lo más importante, que con su declaración puede poner en peligro la libertad de una persona ligada por íntimos lazos familiares con él”⁵⁶.

Con todo, pese a la bondad de estas previsiones, este precepto deja muchas cuestiones sin resolver, a las que han ido dando respuesta nuestros tribunales.

En primer lugar, ante el silencio de la Ley de Enjuiciamiento, la jurisprudencia ha entendido que los parientes gozan de este privilegio no sólo cuando prestan declaración ante el juez de instrucción, por lo que han extendido este deber de información a la fase policial, así como a la fase del juicio oral (en la que rige este privilegio ex art. 707 LECrim), con independencia del contenido de la decisión que adopte el testigo en cada momento, ya que en ningún caso su silencio en una de las fases prejuzga su actitud en la siguiente⁵⁷.

Como ya se adelantó, este deber de información ha planteado muchos problemas en los casos en que quien tiene que declarar ha denunciado previamente de forma espontánea a su pariente, casi siempre por haber sido la víctima del hecho cometido. La jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha sido nada pacífica en este punto. En numerosas sentencias, entendió superfluas las

⁵⁵ Véase en la página 24 de dicho Informe (véase nota al pie 38).

⁵⁶ Véase MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, 1980, pp. 150 y 151.

⁵⁷ En este sentido también CHOZAS ALONSO, *El interrogatorio de testigos en los procesos civiles y penales*, 2010, p. 344. En la jurisprudencia más reciente, véase SAP Las Palmas de 12 de enero de 2012 (JUR 90872).

advertencias a los parientes que habían puesto en marcha la actividad jurisdiccional con su denuncia o su querrela y , en consecuencia, en estos casos consideró que su omisión no debería tener ninguna relevancia [véase en SSTS de 18 de diciembre de 1991 (RAJ 9493), de 6 de abril de 2001 (RAJ 2021), de 27 de octubre de 2004 (RAJ 7347), de 12 de julio de 2007 (RAJ 5109) y de 20 de febrero de 2008 (RAJ 1416) y ATS de 29 de marzo de 2006 (PROV 124461)]. Sin embargo, la postura más reciente, sostenida en la Sentencia de 5 de marzo de 2010 (RAJ 4057) es la contraria, siendo predominante en la actualidad el criterio jurisprudencial “de la obligatoriedad de la advertencia” en todas las fases y en todos los casos [también en SSTS de 28 de noviembre de 1996 (RAJ 9688), de 18 de abril de 1997 (RAJ 4539), de 26 de mayo de 1999 (RAJ 4675), de 10 de mayo de 2007 (3261), de 20 de febrero de 2008 (RAJ 1571), de 20 de enero de 2009 (RAJ 1383) y de 10 de febrero de 2009 (RAJ 446)]. Porque, sostiene el Supremo, que “para renunciar a un derecho debe informarse de que se dispone del mismo, nadie puede renunciar a algo que desconozca”⁵⁸.

En mi opinión, si entendiéramos que el art. 416 LECrim no ha de regir en los supuestos en que las víctimas son parientes, ninguna advertencia se debería hacérseles. Pero, mientras no se acoja esta tesis, entiendo que lo más conforme con el espíritu de la ley es informar siempre y en todo momento al testigo víctima de su derecho a no declarar, salvo que renuncie de forma expresa a su ejercicio en todas las fases del proceso, ya que lo más habitual es estos sujetos ignoren la existencia de este derecho⁵⁹. No me parece que el propósito de evitar absoluciones por falta de pruebas o por nulidad de la declaración prestada sea razón suficiente para vaciar contenido de su derecho a no declarar, impidiéndoles además cambiar de decisión en fases posteriores del proceso.

A diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos de países de nuestro entorno, la Ley de Enjuiciamiento Criminal española no se pronuncia sobre las consecuencias que lleva aparejada la ausencia de la advertencia del art. 416 LECrim. Sin embargo, desde hace años la jurisprudencia viene entendiendo que la falta de dicha información al pariente conlleva la nulidad de la diligencia practicada [véanse, entre otras, SSTS de 10 de mayo de 2007 (RAJ 3261), de 20 de febrero de 2008 (RAJ 1416), de 20 de enero de 2009 (RAJ 1383) y de 5 de marzo de 2010 (RAJ

⁵⁸ Cosa distinta ocurre cuando no la víctima no sólo ha denunciado a su familiar, sino que además ha formulado acusación particular contra él. Así lo advierte el Tribunal Constitucional en su Sentencia 94/2010, de 15 de noviembre, en la que entiende que en este caso de su “concluyente actividad procesal” ha de colegirse, al menos, una “implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim” (Fº Jº 6º).

⁵⁹ En este sentido, véase MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, 1980, p. 150, y CÁMARA MARTÍNEZ/JUNCÁS GÓMEZ, «Sobre el alcance y el futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de la violencia de género», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (20), 2008, p. 41. Véase también CASTILLEJO MANZANARES, quien, de hecho, como entiende que el derecho a no declarar es un derecho fundamental, la no información por parte de la autoridad judicial o de la policía “supone una vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías” (Véase CASTILLEJO MANZANARES, «La dispensa del deber de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», *Revista de Derecho Penal*, (26), 2009, p. 134).

4057)]. E, incluso, como ha ocurrido en ocasiones, la nulidad de la prueba o de la diligencia que se ha practicado partiendo de los resultados obtenidos en la declaración del pariente⁶⁰.

Lo que sí se desprende claramente del precepto es que, una vez advertidos de que no están obligados a declarar como testigos, los parientes pueden optar libremente por hacerlo, ya que se trata de un derecho de carácter renunciable. Como señalaba en este sentido AGUILERA DE PAZ, el art. 416 LECrim “no podría privarles del derecho de hacerlo (de declarar) aunque con ello pudieran quebrantar las leyes de la naturaleza y, por eso, la exención citada no constituye una prohibición o incapacidad absoluta para declarar, sino tan sólo una facultad para dejar de hacerlo (...)”⁶¹. Ahora bien, dado sobre este extremo tampoco se pronuncia la Ley de Enjuiciamiento, cabe plantearse qué ocurre si finalmente deciden declarar: ¿no quedan sujetos a ninguna responsabilidad penal por falso testimonio, de modo análogo que sucede con el acusado, o quedan en este caso obligados a decir verdad? La respuesta que ha dado el Tribunal Supremo a esta cuestión es tajante: el testigo que decide no acogerse al privilegio del 416.1 LECrim es considerado desde ese momento como cualquier otro testigo, por lo que queda sujeto a sus mismas responsabilidades. Buena muestra de ello es que si deponen ante la policía o el juez quedan obligados a decir verdad [SSTS de 18 de diciembre de 1991 (RAJ 9493) y de 5 de marzo de 2010 (RAJ 4057)]. Como mucho, podrían hacer valer el art. 418 LECrim para eludir la contestación a una pregunta concreta del interrogatorio si entendieran que su respuesta pudiera perjudicar material o moralmente, de manera directa o indirecta a la persona o a la fortuna de alguno de los parientes del art. 416 LECrim, pero si contestan no pueden mentir.

El Tribunal Constitucional en 2010 tuvo ocasión de pronunciarse sobre el alcance de este deber de informar al testigo sobre la existencia de este privilegio familiar (STC 94/2010, de 15 de noviembre). En el caso se planteaba si se había informado correctamente a la esposa del acusado y a su hija del derecho previsto en el art. 416 LECrim. De la hija no había ninguna constancia de que hubiera sido informada de su derecho a no declarar contra su padre, por lo que el Tribunal entendió correcto haber declarado la nulidad de su declaración. Sin embargo, adoptó una solución distinta respecto de su madre. Ésta había denunciado en varias ocasiones a su marido por actos constitutivos de violencia doméstica, prestó declaraciones contra él por los hechos denunciados tanto ante la policía como ante el juez de instrucción, ejerció acusación particular solicitando penas muy graves contra él y, frente a la sentencia condenatoria del Juzgado de lo Penal, incluso interpuso recurso de apelación al haberle sido desestimadas sus pretensiones más graves. Teniendo en cuenta todas estas circunstancias, entiende el Constitucional que la actitud de esta mujer “no puede sino razonablemente entenderse como reveladora de su intención y voluntad de primar el deber de veracidad como testigo al vínculo de solidaridad y familiaridad que le unía al acusado, finalidad a la que obedece el art. 416 LECrim” y, por tanto, entiende que en este caso la falta de información por el Juez de lo Penal no debe dar lugar a la nulidad de su

⁶⁰ Así, por ejemplo, en STS de 28 de enero de 2009 se declara la nulidad de la diligencia de ocupación de droga que se llevó a cabo gracias a la información suministrada por el pariente del imputado, a quien no se le había advertido previamente de su derecho a no declarar (RAJ 2816).

⁶¹ AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, 1923, p. 604.

declaración ya que, “si su dilema moral le hubiera imposibilitado perjudicar con sus acciones a su marido no habría desplegado contra él la concluyente actividad procesal reveladora de una, al menos, implícita renuncia a la dispensa que le confería el art. 416 LECrim”.

8. Valor probatorio de las declaraciones del testigo pariente

Una vez finalizado el proceso nos podemos encontrar ante las siguientes situaciones:

Primer supuesto. El testigo ha declarado tanto en la fase sumarial como posteriormente en la fase del juicio oral.

Segundo supuesto. El testigo no ha declarado ni en fase sumarial ni en el juicio oral.

Tercer supuesto. El testigo declaró en fase sumarial pero guardó silencio en el juicio oral.

Primer supuesto: El testigo que ha declarado tanto en la fase sumarial como posteriormente en la fase del juicio oral.

En este primer caso, no habrá problemas para condenar al acusado si las declaraciones tienen peso suficiente, incluso aunque no haya ninguna otra prueba incriminatoria. Así lo ha defendido de forma constante el Tribunal Supremo. Sirva de muestra lo que declaraba en este sentido en su Sentencia de 21 de noviembre de 2002: “es reiterada y pacífica la doctrina de esta Sala que la declaración incriminatoria de la víctima del hecho ilícito constituye prueba de cargo suficiente para fundar una sentencia condenatoria”. Con todo, estos testimonios siempre han generado ante los tribunales desconfianza, por lo que se recomienda valorarlos con cautela. Para ello, sin que deban entenderse como “exigencias cuasi normativas”, el Supremo ha perfilado una serie de “pautas orientativas” que puedan ayudar a los tribunales a acertar y a evitar el grave riesgo de condenar injustamente a un inocente. Estas pautas son las siguientes: 1) “ausencia de incredibilidad subjetiva”, derivada de las relaciones entre el testigo y el acusado, “que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento o enemistad que privase al testimonio de aptitud para generar ese estado subjetivo de certidumbre en que la convicción judicial estriba esencialmente”; 2) “verosimilitud, en cuanto que el testimonio incriminador ha de estar rodeado en lo posible de datos periféricos corroborados de carácter objetivo; 3) persistencia en la incriminación, que debe ser mantenida en el tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones” [SSTS de 21 de noviembre de 2002 (RAJ 10497) y de 10 de julio de 2001 (RAJ 6372)].

Normalmente las declaraciones sumariales se introducirán vía 714 LECrim con objeto de poder salvar las posibles diferencias o contradicciones entre lo declarado en el juicio oral y en el sumario. Siguiendo las recomendaciones recién mencionadas y su leal saber y entender, el tribunal enjuiciador podrá valorar con libertad todas las declaraciones vertidas por los parientes. De hecho, siempre que hayan sido prestadas con respeto a las exigencias de la defensa y de la contradicción, podrá incluso dar mayor credibilidad a lo declarado en fase sumarial que a lo

manifestado en el juicio oral, tal y como vienen defendiendo tanto nuestro Tribunal Constitucional como nuestro Tribunal Supremo [por todas, SSTS de 17 de abril de 2001 (RAJ 2251) y de 30 de octubre de 2008 (RAJ 7208)].

Segundo supuesto: El testigo no ha declarado ni en fase sumarial ni en el juicio oral.

Ninguna dificultad se plantea si el testigo se ha acogido a su derecho a no declarar en todas las fases del proceso. No ha hecho ninguna aportación al proceso, por lo que el tribunal deberá contar con otros medios de prueba para poder condenar al acusado.

Tercer supuesto: El testigo declaró en fase sumarial pero guardó silencio en el juicio oral.

Las mayores dificultades en la valoración de este tipo de pruebas se presentan en este tercer caso.

Aunque luego veremos que la jurisprudencia ha ido introduciendo algunas excepciones, en principio el silencio del testigo en el juicio oral conduce a una situación de absoluto vacío probatorio. Por tanto, la decisión de no declarar en el juicio oral obliga en principio a los tribunales a cerrar los ojos a las declaraciones inculminatorias vertidas ante la policía (incluso su propia denuncia) o ante el juez de instrucción. Contrasta esta postura tan terminante con la que últimamente se sostiene frente al imputado, puesto que en la mayor parte de los casos, cuando éste guarda silencio, se está procediendo en la práctica a dar lectura a sus declaraciones sumariales, obligándole a pronunciarse sobre las posibles contradicciones existentes [véase STS de 6 de febrero de 2004 (RAJ 3387)]. Esto se consigue bien por la vía del 714 o del 730 LECrim. Se olvida que, aunque les disguste profundamente a los jueces tener que pasar por alto lo que el acusado pudo haber declarado anteriormente, éste goza de un derecho fundamental a guardar silencio, que implica que, si decide acogerse a él, su aportación como fuente de prueba es cero. Dicho con otras palabras, su derecho a no autoincriminarse resulta claramente afectado si se le obliga a explicar por qué declaró antes y ahora decide guardar silencio: se está, así, vaciando de contenido dicha garantía.

La situación de los testigos es sustancialmente distinta⁶². Porque éstos no gozan de un derecho a disponer de sus declaraciones, a dejar sin efecto lo que hayan podido decir antes, sino que únicamente se les faculta para decidir en cada momento del proceso si quieren o no dar testimonio⁶³. Las declaraciones anteriores forman parte de las actuaciones y, por tanto, si se han

⁶² Efectúa una comparación análoga entre el tratamiento que se da a la declaración del acusado y a la del testigo pariente ORTEGA CALDERÓN (Véase ORTEGA CALDERÓN, «La superación procesal del ejercicio por las víctimas de violencia de género de la dispensa legal de declarar», *La Ley*, (6820), D-243, 2007, p. 1074).

⁶³ Así lo señala de manera bastante gráfica la Audiencia Provincial de Castellón su Sentencia de 20 de diciembre de 2006 (ARP 2007/410): “el hecho de que un testigo se acoja válidamente a no declarar en el preciso acto del juicio, no elimina su declaración anterior, que aparece inocultablemente en la causa, ni supone la manifestación de una crucial disposición privada –por parte de un testigo– de este material probatorio que pudiese haber resultado acopiado en fase anterior, en determinadas condiciones de respeto severo a los principios penales y procesales. Sería como dar al derecho a no declarar del testigo, que antes no se utilizó, una especie de

respetado las garantías legales en el momento de su práctica así como en su introducción en el juicio oral, no hay ninguna razón de fondo que impida tenerlas en cuenta. De hecho, así lo ha entendido incluso el Tribunal Europeo de Derecho Humanos en el asunto Unterpertinger (24 de noviembre de 1986), en el que afirmaba que el dar valor probatorio a las diligencias sumariales es compatible con el art. 6 CEDH siempre que se respeten las exigencias de defensa y contradicción. Ahora bien, lo que sí que es cierto es que actualmente en el ordenamiento español no existe un cauce expresamente previsto para este fin, por lo que los tribunales han buscado soluciones diversas, en algunos casos forzando, en cierta medida, la literalidad de la ley.

En primer lugar, podría pensarse en introducir las declaraciones sumariales del testigo-pariente en el juicio oral vía art. 714 LECrim. Recuértese que este precepto permite leer las actuaciones de la instrucción cuando se observen contradicciones con lo declarado en el juicio oral. Esta vía, sin embargo, es rechazada por doctrina y jurisprudencia porque cuando el pariente no declara en el juicio oral, no dice nada y, por tanto, como sostiene el Supremo “ninguna contradicción se puede apreciar en su silencio, que nada afirma ni niega, respecto de lo declarado en el sumario” [STS de 10 de febrero de 2009 (ID. Cendoj: 28079120012009100102) y de 27 de enero de 2009 (RAJ 1389); doctrina reiterada más recientemente en STS de 5 de marzo de 2010 (RAJ 4057) y en ATS de 8 de abril de 2010 (JUR 153052); en contra, SAP Palencia de 30 de diciembre de 2009 (JUR 2010/83515)].

El segundo cauce posible es el del art. 730 LECrim. Recordemos que este precepto permite leer “a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario que, por causas independientes de la voluntad de aquéllas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral”. El Tribunal Supremo ha sostenido tradicionalmente un criterio contrario a introducir las declaraciones sumariales por esta vía [véase en este sentido, SSTs de 13 de noviembre de 1885 y de 26 de noviembre de 1973, de 17 de diciembre de 1997, de 28 de abril de 2000 (RAJ 3740), de 27 de noviembre de 2000 (RAJ 9773), de 12 de junio de 2001; más recientemente, SSTs de 27 de enero de 2009 (Id. Cendoj: 2807912009100026), de 10 de febrero de 2009 (Id. Cendoj: 28079120012009100102) y ATS de 8 de abril de 2010 (JUR 153052); y en igual sentido también la mayor parte de las Audiencias Provinciales; destacan por su actualidad, SSAP Madrid de 16 de febrero de 2010 (ARP 529) y de 14 de abril de 2011 (JUR 185411), SSAP de Valladolid de 1 de marzo de 2010 (JUR 144867) y de 11 de abril de 2011 (JUR 186100), y SAP Málaga de 18 de abril de 2011 (JUR 341936)]⁶⁴. Con todo, en algunos casos esta posición se ha ido suavizando, sobre todo para permitir la lectura de las diligencias en caso de delitos de violencia de género o doméstica [así en STS de 21 de septiembre de 2005 (RAJ 7078), en la que se permite esta posibilidad para ese caso concreto; también en la Audiencia Provincial de Murcia: véase la Sentencia de 14 de diciembre de 2010 (JUR 62625); y, con toda amplitud, en la Audiencia Provincial de Madrid en Sentencia de 14 de octubre de 2009 (JUR 2010/28881)]. Lo que en el

abracadabrante efecto anulatorio para convertir, como supuesto añadido a las causas del art. 238 LOPJ, en inexistente lo que existía y había nacido sin la menor tacha de nulidad”.

⁶⁴ Pueden consultarse más referencias jurisprudenciales sobre estos extremos en HERRERO YUSTE (Véase HERRERO YUSTE, «Informe de jurisprudencia: violencia de género y art. 416 de la LECrim», *La Ley Penal*, (24), 2006, p. 68).

fondo se discute en estas resoluciones es si estos casos pueden encajar en los supuestos excepcionales que contempla el art. 730 LECrim. El Tribunal Supremo tradicionalmente ha sostenido que este artículo únicamente es aplicable a supuestos de imposibilidad física o fáctica, en concreto, cuando el testigo haya fallecido, se desconozca su paradero o en caso de lejanía por encontrarse en el extranjero. Y el silencio de la víctima no encaja en ninguno de estos tres supuestos, por lo que descarta su aplicación. Sin embargo, frente a esta postura más restrictiva, en ocasiones, la doctrina y las Audiencias han sostenido que no hay por qué circunscribir el art. 730 LECrim únicamente a estos supuestos, pudiendo admitirse también los que denominan de “imposibilidad jurídica o derivada del ejercicio de un derecho”, marco en el que podría tener encaje la ausencia de declaración por silencio del acusado [SAP de Madrid de 14 de octubre de 2009; también SAP de Huelva de 5 de marzo de 2009 (ARP 936)]. En efecto, en estos casos resulta imposible reproducir las diligencias “por causas independientes a la voluntad de aquéllas” (de las partes), ya que éstas habían pretendido tomar declaración al testigo y es la sola voluntad de éste de guardar silencio la que impide que esto ocurra. Con todo, como luego señalaré, no me parece prudente aplicar este art. 730 LECrim sin perfilar previamente ciertas exigencias.

Ante esta situación creo que lo más razonable sería proceder a una reforma del 730 LECrim para que exista una previsión expresa que permita que en estos casos puedan introducirse las diligencias sumariales por esta vía con carácter de prueba preconstituida, estableciéndose la necesidad, por un lado, de que se hayan practicado con respeto a la defensa y la contradicción y, por otro, de la previa advertencia al testigo de que sus declaraciones podrán ser leídas en el juicio oral, incluso aunque decida en ese momento guardar silencio. Adviértase, sin embargo, que esta propuesta no significa que, leídas las declaraciones sumariales, el sujeto tuviera que ser sometido a interrogatorio para resolver las posibles contradicciones, lo que iría totalmente en contra de su derecho, sino simplemente que lo actuado en las fases anteriores entraría a formar parte del bagaje probatorio con el que cuenta el tribunal enjuiciador a la hora de dictar sentencia. De hecho, el Consejo General del Poder Judicial, en el Informe antes citado, propone introducir en la Ley de Enjuiciamiento Criminal un artículo 730 bis con esta finalidad para los testigos-víctimas, en caso de que no prospere la exclusión de estos sujetos del ámbito de aplicación subjetiva del art. 416 LECrim⁶⁵.

Resta, por último, descartar que puedan introducirse las declaraciones prestadas por la víctima antes del juicio oral a través de testigos de referencia (principalmente policías). Y ello por dos razones fundamentales. La primera, porque tanto el Tribunal Supremo como el Constitucional (siguiendo también la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) han entendido que los testimonios de referencia sólo pueden ser valorados como prueba de cargo cuando no se pueda practicar prueba testifical directa o en el caso de la imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la convocatoria del juicio oral [véase, por todas, en SSTs

⁶⁵ El texto que proponen como art. 730 bis LECrim es el siguiente: “Podrán leerse, también, a instancia de cualquiera de las partes, en el juicio oral, las declaraciones que hubiesen efectuado, en la instrucción de la causa, los testigos víctimas o perjudicados por el delito, que se acogieren en dicho acto a la dispensa de prestar declaración que se establece en el art. 416.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”. Véase “Informe...”, p. 25.

de 10 de febrero de 2009 (RAJ 446), de 27 de enero de 2009 (RAJ 1389) y de 26 de junio de 2001 (RAJ 7020)]. Esto ocurre cuando el testigo directo está en el extranjero o enfermo o ha fallecido pero “no se cumple ni puede equipararse en los supuestos en que la víctima se acoge a su derecho a no declarar” en el seno del juicio oral (SSTC 68/2002, de 21 de marzo y 155/2002, de 22 de julio). La segunda, porque se dejaría vacío de contenido el derecho a guardar silencio reconocido a favor de los parientes. Como bien lo explica la Audiencia Provincial de Valencia en Sentencia de 10 de octubre de 2006, si quisiéramos equiparar estos supuestos de “falta de voluntad a la de un acto de imposibilidad física, además de ser contrario a la literalidad de la doctrina legal”, se llevaría a cabo “una negación fraudulenta del derecho al silencio, dado que al fin y a la postre, sirviéndose el juez de los testigos indirectos, son las palabras del testigo original las que acaban constituyéndose en prueba de cargo, cuando resulta que el interesado ejerciente del derecho no desea que sea así, y si la ley protege esa manifestación de voluntad defensora de determinados parientes en el proceso, una interpretación judicial no puede burlarla mediante determinado rodeo interpretativo, consistente en aprovechar el conjunto de declaraciones hechas sin la previa información del derecho al silencio, clara infracción legal con efectos anuladores” (JUR 76675)⁶⁶.

9. Conclusiones y propuestas de *lege ferenda*

Concluyo esta exposición formulando mis propuestas de *lege ferenda* de cara a una posible reforma del régimen de privilegios familiares en la prueba de testigos en el proceso penal.

Primera. Considero necesario concretar el contenido del privilegio de no declarar de los testigos parientes del acusado. Aunque se le podría dotar de un contenido análogo al derecho del acusado a no declarar contra sí mismo, me inclino por entender que ha de ser distinto, en tanto en cuanto, por su condición de testigo, no se le tiene que reconocer legalmente un derecho subjetivo frente al Estado, como ocurre con el acusado, sino que únicamente el ordenamiento debe atribuirle un poder jurídico derivado de una dispensa o exención legal, que, en consecuencia, no le da ningún derecho a disponer de sus declaraciones. El Estado puede, en consecuencia, decidir si las emplea como material probatorio que sirva de base a una sentencia de condena. Esta tesis obligaría a modificar los arts. 416 y 730 LECrim de tal forma que, por un lado, se prevea expresamente la obligación de informar al testigo de que sus declaraciones pueden ser tenidas en cuenta en el juicio oral y, por otro, se arbitre el cauce para introducir con todas las garantías esas declaraciones en el juicio oral con carácter de prueba preconstituida.

Segunda. Atendiendo a los fundamentos de este privilegio, considero que debería excluirse de su ámbito subjetivo de aplicación a los parientes cuando el proceso verse sobre uno de los delitos comprendidos en el art. 173.2 CP. Para ello propongo que se añada un párrafo segundo al art. 416 LECrim que contemple expresamente esta exclusión y, sólo para el caso de que no se opere esta reforma, propongo que, al menos, se modifique el art. 730 LECrim para que, si el testigo

⁶⁶ En este mismo sentido se han pronunciado numerosas Audiencias Provinciales. Destacamos, entre las resoluciones más recientes, SSAP Madrid de 19 de noviembre de 2010 (ARP 200), de 7 de febrero de 2011 (JUR 134421) y de 25 de marzo de 2011 (JUR 169201).

decidiera finalmente no declarar en el juicio oral, se le pudieran leer las declaraciones prestadas en fases anteriores, siempre, claro está, que se hayan respetado en aquel momento las garantías de defensa y contradicción y se le hubiera informado oportunamente de que esto podía ocurrir.

10. Jurisprudencia citada

Tribunal, Sala y Fecha	Ar.	Magistrado Ponente
AAP Castellón de 12 de abril	PROV 262747	José Luis Antón Blanco
AAP Castellón de 13 de marzo	(PROV 290119)	José Luis Antón Blanco
SAP Albacete de 22 de diciembre de 2011	(ARP 2012/179)	Jesús Martínez-Escribano Gómez
SAP de Cáceres de 22 de julio de 2010	(ARP 2010/1024)	Valentín Pérez Aparicio
SAP de Cádiz de 20 de enero de 2010	(ARP 2010/480)	Miguel Ángel Feliz y Martínez
SAP de Castellón de 20 de diciembre de 2006	(ARP 2007/410)	Pedro Javier Altares Medina
SAP de Huelva de 5 de marzo de 2009	(ARP 2009/936)	Francisco Bellido Soria
SAP de Las Palmas de 12 de enero de 2012	(JUR 2012/90872)	Yolanda Alcazar Montero
SAP de Las Palmas de 22 de marzo de 2010	(JUR 2010/419214)	Pilar Parejo Pablos
SAP de Las Palmas de 3 de febrero de 2011	(JUR 2011/261974)	Pilar Parejo Pablos
SAP de Lérida de 10 de mayo de 2011	(JUR 2011/259160)	Lucia Jiménez Márquez
SAP de Lugo de 3 de noviembre de 2010	(JUR 2011/50928)	Edgar Amando Fernández Cloos
SAP de Madrid de 14 de abril de 2011	(JUR 2011/185411)	Luis Carlos Pelluz Robles
SAP de Madrid de 14 de octubre de 2009	(JUR 2010/28881)	María del Sagrario Herrero Enguita
SAP de Madrid de 17 de diciembre de 2009	(JUR 2010/93045)	Consuelo Romera Vaquero
SAP de Madrid de 18 de julio de 2011	(JUR 2011/317271)	M ^a Teresa Chacón Alonso
SAP de Madrid de 19 de noviembre de 2010	(ARP 2010/200)	Francisco Cucala Campillo
SAP de Madrid de 2 de junio de 2011	(JUR 2011/247053)	Consuelo Romera Vaquero
SAP de Madrid de 21 de septiembre de 2011	(JUR 2011/364824)	Ana María Pérez Marugán
SAP de Madrid de 25 de marzo de 2011	(JUR 2011/166092)	Alejandro M ^a Benito López
SAP de Madrid de 7 de febrero de 2011	(JUR 2011/134421)	Ana María Pérez Marugán
SAP de Málaga de 18 de abril de 2011	(JUR 2011/341936)	Pedro Molero Gómez
SAP de Murcia de 14 de diciembre de 2010	(JUR 2011/62625)	María Jover Carrión
SAP de Palencia de 30 de diciembre de 2009	(JUR 2010/83515)	Ignacio Javier Ráfols Pérez
SAP de Valencia de 10 de octubre de 2006	(JUR 2010/83515)	Pedro Castellano Rausell
SAP de Valladolid de 1 de marzo de 2010	(JUR 2010/144867)	José Luis Ruiz Romero

SAP de Valladolid de 11 de abril de 2011	(JUR 2011/186100)	Ángel Santiago Martínez García
STC 68/2002, de 21 de marzo de 2002		Elisa Pérez Vera
STC 155/2002, de 22 de julio de 2002. Pleno.		Tomás S. Vives Antón y Eugeni Gay Montalvo
STC 94/2010, de 15 de noviembre de 2010		Vicente Conde Martín de Hijas
ATC de 6 de junio de 2006 (187/2006)		Pleno
ATS de 29 de marzo de 2006	(PROV 124438)	Juan Saavedra Ruiz
ATS de 29 de marzo de 2006	(PROV 124461)	Juan Saavedra Ruiz
ATS de 8 de abril de 2010	(JUR 153052)	Andrés Martínez Arrieta
STS de 30 de octubre de 2008	(RAJ 7208)	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS de 10 de febrero de 2009	ID. Cendoj: 2807912001200910010 2	Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
STS de 10 de mayo de 2007	(RAJ 3261)	Julián Sánchez Melgar
STS de 11 de abril de 1996	(RAJ 3698)	Ramón Montero Fernández-Cid
STS de 12 de julio de 2007	(RAJ 5109)	Enrique Bacigalupo Zapater
STS de 12 de junio de 2001	(RAJ 6247)	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS de 13 de noviembre de 1885		
STS de 14 de mayo de 2010	(RAJ 5805)	José Manuel Maza Martín
STS de 17 de abril de 2001	(RAJ 2251)	Julián Sánchez Melgar
STS de 17 de diciembre de 1997	(RAJ 8770)	Ramón Montero Fernández-Cid
STS de 18 de abril de 1997	(RAJ 4539)	Eduardo Móner Muñoz
STS de 18 de diciembre de 1991	(RAJ 9493)	Enrique Ruiz Vadillo
STS de 20 de enero de 2009	(RAJ 1383)	Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
STS de 20 de febrero de 2008	(RAJ 1416)	Andrés Martínez Arrieta
STS de 20 de febrero de 2008	(RAJ 1571)	Andrés Martínez Arrieta
STS de 21 de noviembre de 2002	(RAJ 10497)	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS de 21 de noviembre de 2003	(RAJ 9255)	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS de 21 de septiembre de 2005	(RAJ 7078)	Joaquín Giménez García
STS de 22 de febrero de 2007	(RAJ 1558)	Joaquín Giménez García
STS de 23 de marzo de 2009	(RAJ 3062)	Manuel Marchena Gómez
STS de 26 de enero de 2010	(RAJ 1270)	Diego Antonio Ramos Gancedo
STS de 26 de junio de 2001	(RAJ 7020)	Joaquín Giménez García
STS de 26 de marzo de 2009	(RAJ 2377)	Luciano Varela Castro
STS de 26 de mayo de 1999	(RAJ 4675)	Joaquín Giménez García
STS de 26 de noviembre de 1973		

STS de 26 de octubre de 2009	(RAJ 2010/112)	Francisco Monterde Ferrer
STS de 27 de enero de 2009	(RAJ 1389)	Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
STS de 27 de noviembre de 2000		Enrique Abad Fernández
STS de 27 de octubre de 2004		Joaquín Giménez García
STS de 27 de octubre de 2004		Francisco Monterde Ferrer
STS de 28 de abril de 2000		Joaquín Martín Canivell
STS de 28 de enero de 2009		Adolfo Prego de Oliver y Tolivar
STS de 28 de noviembre de 1996		Manuel Areal Alvarez
STS de 29 de enero de 2009	Id. Cendoj 2879120012009200284	Joaquín Delgado García
STS de 5 de marzo de 2010	(JUR 81886)	Juan Ramón Berdugo y Gómez de la Torre
STS de 6 de abril de 2001	(RAJ 2021)	Cándido Conde-Pumpido Tourón
STS de 6 de abril de 2001	(RAJ 3350)	Enrique Bacigalupo Zapater
STS de 6 de febrero de 2004	(RAJ 3387)	Joaquín Delgado García
STS de 8 de abril de 2008	(RAJ 1726)	Siro Francisco García Pérez

11. Bibliografía

Enrique AGUILERA DE PAZ (1923), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Ed. Reus, Madrid.

G. Marco BACCARI (2003), *La testimonianza del prossimo congiunto dell' imputato*, Ed. Cedam, Padova.

Helmut BAIER (1996), *Strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrechte außerhalb der Strafprozeßordnung als Ergänzung der §§ 52 ff. StPO*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main.

Marta BARGIS (1984), *Profili sistematici delle testimonianza penale*, Ed. Giuffré, Milano.

Mary BARNISH (2004), *Domestic Violence. A literature Review*, HM Inspectorate of Probation.

Anne BIALEK (2000), *Das strafprozessuale Zeugnisverweigerungsrecht aus persönlichen Gründen unter besonderer Berücksichtigung von Schutzzweck und Enumerationsprinzip*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main.

Isabel CÁMARA MARTÍNEZ/Francesc JUNCÁS GÓMEZ (2008), «Sobre el alcance y el futuro de la dispensa de declarar para las víctimas de la violencia de género», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, (20), p. 41.

Francesco CARRARA (2007), *Lineamenti di pratica legislativa penale*, Ed. Mulino, Bologna.

Raquel CASTILLEJO MANZANARES (2009), «La dispensa del deber de declarar del art. 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto de la mujer que sufre violencia de género», *Revista de Derecho Penal*, (26), p. 135.

G. CONSO (1971), «L'alibi dei parenti», *Archivio Penale*, (I), pp. 176 y ss.

Antonia CREATNEY/Gwynn DAVIS (1997), «The significance of compellability in the prosecution of domestic assault», *British Journal of Criminology*, pp. 75-89.

Peter CREIGHTON (1990), «Spouse competence and compellability», *Criminal Law Review*, (34).

José Manuel CHOZAS ALONSO (2010), *El interrogatorio de testigos en los procesos civiles y penales*, La Ley, Madrid.

Corrada DI MARTINO/Teresa PROCACCIANTI (2010), *La prova testimoniale nel processo penale*, Ed. Wolters-Kluwer.

Ignacio DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ (1996) (con Óscar ALZAGA VILLAAMIL), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, Tomo III, p. 121.

Susan EDWARDS (1989), «Compelling a reluctant spouse», *New Law Journal*, (I), (139), p. 692.

Rafael ESCOBAR JIMÉNEZ (2009), «La facultad de no declarar contra determinados familiares», *La Ley*, (7301), p. 2.

Luigi FADALTI (2008), *La testimonianza nel giudizio penale*, Ed. Giuffré, Milano.

Eugenio FLORIAN (1961), *Delle prove penali*, Instituto Editoriale Cisalpino, Milano.

Olga FUENTES SORIANO (2009), *El enjuiciamiento de la violencia de género*, Ed. Iustel, Madrid.

Vittorio GREVI (1974), *Il segreto familiare*, Atti delle VIII Convegno di Studio Enrico de Nicola, Milán.

GRUPO DE EXPERTOS EN VIOLENCIA DOMÉSTICA Y DE GÉNERO en su Informe sobre la aplicación de la L.O. 1/2004, de enero de 2011, que insta por ello a una reforma del precepto legal. Puede consultarse su texto en <http://www.malostratos.org/images/pdf/011/011%20informe%20CGPJ.pdf>.

HansPeter Carl HAUSER (1957), *Das Zeugnisverweigerungsrecht im Strafverfahren* (dissertation), Basel.

Miguel HERRERO YUSTE (2006), «Informe de jurisprudencia: violencia de género y art. 416 de la LECrim», *La Ley Penal*, (24), p. 68.

Barbara HUBER (2008), *Criminal Procedure in Europe*, Ed. MPI- Duncker&Humblot, Berlin.

Juan José HURTADO YELO (2010), «¿Se debe suprimir el art. 416 LECrim en los delitos de violencia de género?», *La Ley Penal*, (76), p. 40.

Adrian KEANE (2008), *The modern law of evidence*, Ed. Oxford University Press, USA.

Vicente MAGRO SERVET (2005), «La imposibilidad de conceder a las víctimas de violencia de género la dispensa de declarar contra sus agresores (artículo 416 LECrim): ¿es necesaria una reforma legal?», *La Ley*, (4), p. 1701.

María del Pilar MARTÍN RÍOS (2008), «Reflexiones acerca de la negativa a declarar en juicio de la mujer víctima de violencia», *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, (15), p. 5.

Lutz MEYER-GOSSNER (2012), «Comentario al § 52» en MEYER-GÖRNER et al., *Strafprozessordnung*, 55ª ed., Ed. Beck, München.

Andrea MICONI (2009), *La testimonianza nel procedimento penale*, Ed. Giappicheli, Torino.

Víctor MORENO CATENA (1980), *El secreto en la prueba de testigos en el proceso penal*, Ed. Montecorvo, Madrid.

Roderick MUNDAY (2005), *Evidence*, Ed. Oxford University Press, USA.

Juan Luís ORTEGA CALDERÓN (2007), «La superación procesal del ejercicio por las víctimas de violencia de género de la dispensa legal de declarar», *La Ley*, (6820), D-243, p. 1070.

Vincenzo PERCHINUNNO (1972), *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*, Ed. Giuffré, Milano.

Igor PIÑEIRO ZABALA (2011), «La víctima de violencia de género y la dispensa del art. 416 de la LECrim», *Revista Jurídica de Castilla y León*, (24), p. 98.

Guðmundur Thorlacius RAGNARSSON (2008), *Das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Beschuldigten*, Ed. Peter Lang, Frankfurt am Main.

Michèle-Laure RASSAT (2001), *Traité de procédure pénale*, Ed. Puf, Paris.

Rudolf RENGIER (1980), *Die Zeugnisverweigerungsrechte*, Ed. Schönningh, Paderborn.

Paul ROBERTS/Adrian ZUCKERMAN (2010), *Criminal Evidence*, Ed. Oxford University Press, USA.
Ruby SIBONY/Mari Ángeles SERRANO OCHOA/Olga REINA TORANZO (2011), “La prueba y la dispensa del deber de declarar por el testigo-víctima en los procesos de violencia de género”, *La Toga*, (182), p. 10.

Gaston STEFANI (2000), *Procedure penale*, Ed. Dalloz, Paris.

Steve UGLOW (2006), *Evidence: text and materials*, Ed. Sweet & Maxwell, London.

Etienne VERGÈS (2005), *Procedure penale*, Ed. Litec, Paris.

Richard VOGLER (2008), «France», *Criminal Procedure in Europe*, Duncker & Humblot, Berlin.

Adrian ZUCKERMAN (1989), *The principles of criminal evidence*, Ed. Oxford University Press, USA.